Die Teilnahme an Sonderverbrechen nach geltendem Recht und nach den Strafgesetzentwürfen

---

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen
vorgelegt

von

Ernst Heinz Deyhle
Gerichtsassessor zu Frankfurt a. M.

Druck der Buchdruckerei Eugen Göbel in Tübingen
1933

Dekan: Professor Dr. Stoll.

Referent: Professor Dr. Schoetensack.

Tag der mündlichen Prüfung: 5. Juli 1933.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Der Patin dieser Arbeit,
Baronin Blanca Cotta von Cottendorf
in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550010_0117

Inhaltsverzeichnis.

I. Teil.

Die Teilnahme am Sonderverbrechen nach dem geltenden Recht.

1. Abschnitt.

Allgemeiner Teil.

§ 1 I. Kapitel: Das Sonderverbrechen im Reichsstrafrecht . . . 11—14

§ 2 II. Kapitel: Die Teilnahme im Reichsstrafrecht

1. Wesen der Teilnahme . . . . 14—15
2. Die einzelnen Formen der Teilnahme . . . 15—21
   A) Mittäterschaft;
   B) mittelbare Täterschaft;
   C) Anstiftung und Beihilfe.
3. Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme
4. Einfluß eines Irrtums über die tatsächlichen Voraussetzungen auf die Strafbarkeit der Teilnehmer

2. Abschnitt.

Besonderer Teil.

§ 3 I. Kapitel: Problemstellung . . . . . 21—22

§ 4 II. Kapitel: Die Strafbarkeit des Extranen als Täter oder mittelbaren Täters . . . . . 23—24

§ 5 III. Kapitel: Die Strafbarkeit des Extranen als Anstifter oder Gehilfen

1. Lösung dieser Frage durch Gesetzesauslegung . . 24—29
   A) Auslegung der §§ 48, 49 StGB.;
   B) Auslegung des § 50 StGB.;
   C) Auslegung der §§ 111, 141, 143, 333, 334, 357 StGB
   D) Billigkeitserwägungen;
   E) Auslegung der Motive.
2. Lösung dieser Frage aus dem Wesen des Sonderverbrechens . . . . . 29—32
   A) Theorie Kohlers usw.;
   B) Theorie Naglers;
   C) Kritik der Theorie Naglers.
3. Lösung dieser Frage aus dem Wesen der Teilnahme 32—35
   A) Aus der akzessorischen Natur der Teilnahme;
   B) Theorie Höpfners;
   C) Theorie Belings.
4. Eigene Auffassung . . . . . 35—36

§ 6 IV. Kapitel: Besondere Schwierigkeiten der Teilnahme am Sonderverbrechen 36–

II. Teil.

Die Teilnahme am Sonderverbrechen nach den Entwürfen.

1. Abschnitt.

§ 7 I. Kapitel: Allgemeines über die Regelung der Teilnahme in den Entwürfen 38–

2. Abschnitt.

§ 8 I. Kapitel: Der Vorentwurf 1909 . . . . . .

3. Abschnitt.

Die Entwürfe 1913 und 1919.

§ 9 I. Kapitel: Die Bestimmungen über die Teilnahme 39–
§ 10 II. Kapitel: Die Bestimmungen über d. Teilnahme a. Sonderverbrechen 40–
§ 11 III. Kapitel: Kritik der Entwürfe 1913, 1919 41–

4. Abschnitt.

Die Entwürfe 1925 und 1927.

§ 12 I. Kapitel: Die Bestimmungen über die Teilnahme 43–
§ 13 II. Kapitel: Die Bestimmungen über d. Teilnahme a. Sonderverbrechen
§ 14 III. Kapitel: Kritik der Entwürfe 1925 und 1927 45–
§ 15 IV. Kapitel: Eigene Auffassung . . . . . .

Schrifttum.

Allfeld, Ph.: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 8. Aufl. des von Hugo Meyer begründeten Lehrbuchs, Leipzig 1922.

Bar, L. v.: Gesetz und Schuld im Strafrecht Bd. II: Die Schuld nach dem Strafgesetz, Berlin 1907.

Bar, L. v.: Die Lehre von der Kausalität im Recht, besonders im Strafrecht, Leipzig 1871.

Baumbach, E. v.: Das Wesen des Sonderverbrechens, insbesondere die Teilnahme am Sonderverbrechen, Diss. Heidelberg 1917.

Beling, Ernst: Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., Tübingen 1930.

Beling, Ernst: Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906.

Berner, A. Fr.: Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, Berlin 1847.

Berner, A. Fr.: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Leipzig 1886.

Berolzheimer, H.: Die akzessorische Natur der Teilnahme, Erlanger Diss., München 1909.

Binding, Karl: Grundriß des gemeinen deutschen Strafrechts, 7. Aufl., Leipzig 1907. (Zitiert Binding Grundr.)

Binding, Karl: Die Normen und ihre Übertretung, 2. A; Leipzig 1890, 1914, 1918, 1919. (Zitiert Binding Normen.)

Binding, Karl: Das Amtsverbrechen und seine legislatorische Behandlung, Gerichtssaal Bd. 64, Stuttgart 1904.

Binding, Karl: Das Subjekt des Verbrechens und die Satzung des Vorentwurfs zu dem StGB. über die Teilnahme, Gerichtssaal Bd. 68, Stuttgart 1906.

Binding, Karl: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts Bes. T., 2. Aufl., Leipzig 1902, 1904.

Birkmeyer, Karl: Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen RG., Berlin 1890.

Birkmeyer, Karl: Über den Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht, Gerichtssaal Bd. 32, Rostock 1885.

Bissing und Nippenburg, Graf v.: Die Lehre von der akzessorischen Natur der Teilnahmehandlung vom Standpunkt d. StGB., Würzb. Diss., Würzburg 1908.

Buri, M. v.: Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, Gießen 1860.

Buri, M. v.: Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, Stuttgart 1888.

Coenders, Albert: Strafrechtliche Grundbegriffe, insbesondere Täterschaft und Teilnahme, Düsseldorf 1909.

Ebermayer, L.: Die Entwürfe zu einem deutschen StGB. I in J. W. 1921, Leipzig 1921.

Ebermayer, L.: Der Entwurf eines deutschen StGB. nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission systematisch bearbeitet, Berlin 1914.

Ebermayer, L.: Die Entwürfe zu einem deutschen StGB. I in J. W. 1921, Leipzig 1921.

Entschließung: Entschließung der deutschen strafrechtlichen Gesellschaft, Bamberger Herbsttagung vom 30. Oktober 1926, Gerichtssaal Bd. 91 S. 321 ff., Stuttgart 1925.

Entwurf 13: Entwurf der Strafrechtskommission eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums, Berlin 1920.
Entwurf 1919: Entwurf nebst Denkschrift zu dem Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministers, Berlin 1920.
Entwurf 1925: Amtlicher Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums, Berlin 1925.
Entwurf 1927: Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung und zwei Anlagen, Berlin 1927.
Frank, Reinhard: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen 1931.
Finger, Aug.: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1904.
Gerland, H.: Kritische Bemerkungen zum allgemeinen Teil des Strafgesetzentwurfs 1919, Tübingen 1921.
Germann, F.: Die Bestimmungen über die Teilnahme, München 1923.
Geyer, A.: Beitrag zur Würdigung der neuesten Ansicht über die Unterscheidung zwischen Urheberschaft und Beihilfe, in Goltd. Arch. Bd. 16, Berlin 1868.
Geyer, A.: Die Teilnahme mehrerer an einem Verbrechen und die Begünstigung, Holtzendorffs Handbuch I. Band, Berlin 1871.
Hagerup, Fr.: Weitere Bemerkungen zur legislativen Behandlung der Teilnahme am Verbrechen, in ZStW. Bd. 30, Berlin 1910.
Hälschner, A.: Das gemeine deutsche Strafrecht, Bonn 1881/87.
Heimberger, Joseph: Die Teilnahme am Verbrechen, Würzburg 1896.
Herzog, Th.: Strafbarkeit und Straflosigkeit im Sinne des Reichsstrafgesetzbuchs, mit besonderer Berücksichtigung der Lehre von der Teilnahme, in Gerichtssaal Bd. 26, Rostock 1880.
Hergt, E.: Die Lehre von der Teilnahme, Berlin 1909.
Hippel, R. von: Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen, in ZStW. Bd. 42, Berlin 1921.
Höpfner, W.: Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, in ZStW. Bd. 22, Berlin 1902.
Höpfner, W.: Über die rechtliche Eigenart von Anstiftung und Beihilfe, in ZStW. Bd. 26, Berlin 1906.
Höpfner, W.: Bemerkungen zu Belings Lehre von der Teilnahme in ZStW. Bd. 27, Berlin 1907.
Kahl, W.: Der deutsche Strafgesetzentwurf von 1919, in ZStW. Bd. 42, Berlin 1921.
Kern, Ed.: Die Teilnahme im Entwurf 1925, in Gerichtssaal Bd. 92 S. 125 ff., Stuttgart 1926.
Kitzinger, Fr.: Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit des Strafrechts, Gerichtssaal Bd. 55, Stuttgart 1898.
Kitzinger, Fr.: Randbemerkungen zum Vorentwurf eines deutschen Reichsstrafgesetzbuchs, in ZStW. Bd. 31, Berlin 1911.
Koepnick, Herm.: Die Teilnahme eines Nichtbeamten am reinen Beamtendelikt, Diss. Greifswald 1924.
Kohler, J.: Studien aus dem Strafrecht, 1. Bd., Mannheim 1890.
Köhler, A.: Deutsches Strafrecht, Leipzig 1917.
Koppmann, Fr.: Die Strafbarkeit der Teilnahme von Zivilpersonen an reinen militärischen Delikten unter besonderer Berücksichtigung der Teilnahme von Nichtbeamten an reinen Amtsdelikten, Diss. Erlangen 1903.
Kohler, J.: Teilnahme und Urheberschaft, in Goltd. Arch. Bd. 58, Berlin 1911.
Kries, J. von: Über den Begriff der objektiven Unmöglichkeit und einige Anwendungen derselben, in ZStW. Bd. 9, Leipzig 1888.
Kries, J. von: Ein Beitrag zu der Lehre von der Teilnahme, in ZStW. Bd. 7.

Leipziger Kommentar: Das Reichsstrafgesetzbuch erläutert von Ludwig Ebermayer, Adolf Lobe und Werner Rosenberg, 4. Aufl., Berlin 1929.
Liepmann, Moritz: Einleitung in das Strafrecht, Berlin 1900.
v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., Berlin 1927.
v. Liszt: Strafbemessung bei Aschrott-Liszts Reform Bd. I Allg. Teil, Berlin 1910.
Luden: De socio generali et speciali, Jena 1847.
Mayer, M. E.: Versuch und Teilnahme bei Aschrott-v. Liszt Bd. I Allgem. Teil, Berlin 1910.
Mayer, M. E.: Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts, Lehrb. Bd. II, Heidelberg 1915.
Merkel, P.: Die Konkurrenz in vergl. Darstellung allg. Teil Bd. V, Berlin 1908.
Merkel, P.: Grundriß des Strafrechts, 1. Teil, Bonn 1927.
Merkel-Liepmann: Adolf Merkel, die Lehre von Verbrechen und Strafe, auf der Grundlage des „Lehrbuchs des Strafrechts" herausgegeben von M. Liepmann, Stuttgart 1912.
Mezger, E.: Die Teilnahme des Strafgesetzentwurfs 1919, in DStZ., Berlin 1921.
Mezger, E.: Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Berlin 1926.
Mintz: Die Lehre von der Beihilfe, 1892.
Nagler, J.: Die Teilnahme am Sonderverbrechen, Beitrag zur Lehre von der Teilnahme, Leipzig 1903.
Oetker, Fr.: Besprechung von Naglers Teilnahme am Sonderverbrechen, in Gerichtssaal Bd. 68 S. 305 ff., Stuttgart 1904.
Oetker, Fr.: Vortrag vor der Bamberger Tagung der deutschen strafrechtlichen Gesellschaft vom 30. 10. 26, in Gerichtssaal Bd. 94 S. 1 ff., Stuttgart 1927.
Olshausen, J. von: Kommentar zum StGB. für das Deutsche Reich, 11. Aufl., neu bearbeitet von Niethammer, Berlin 1927.
Oppenheim: Die Rechtsbeugungsverbrechen, Leipzig 1886.
Ortmann, R.: Aphoristische Bemerkungen zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, Archiv f. gem. deutsches und preuß. Strafrecht, 22. Bd., Berlin 1874.
Protokolle: Die nicht veröffentlichten Protokolle der 1. und 2. Lesung der Strafrechtskommission über den Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzentwurfs, Hektogramme, Berlin 1911/13.
Rubo: Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1879.
Rümelin, M. von: Die Verwertung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht, Arch. f. ziv. Praxis, Tübingen 1900.
Schoetensack, August: Die Arten der Rechtssätze, akademische Antrittsrede, gehalten am 5. 5. 1914, Gerichtssaal Bd. 83 S. 1 ff., Stuttgart 1915.
Schoetensack, August: Verbrechensversuch und Deutscher Strafgesetzentwurf, in der Festschrift für Karl Binding Bd. I S. 377 ff., Leipzig 1911.
Schoetensack, August: Der Versuch und der amtliche Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs (1925), Gerichtssaal Bd. 91, Stuttgart 1925.
Schoetensack, August: Verbrechensversuch, in der Festgabe für Reinhard v. Frank zum 70. Geburtstag Bd. II S. 55 ff., Tübingen 1930.
Schönfeld: Die Teilnahme von Zivil- und Militärpersonen an gemeinen und militärischen Delikten, Diss. Berlin 1911.
Schütze, Th. R.: Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, Leipzig 1869.
Schwartz, Ernst: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1914.
Spitzer, Frieda: Die Teilnahme an unerlaubten Handlungen, Heft 43 der „Rechtswissenschaftlichen Studien", Berlin 1931.
Traeger, L.: Zum neuen Strafgesetzentwurf, in J. W. 1922 S. 979, Leipzig 1922.
Traeger, L.: Der Kausalbegriff, 1904.
Wachenfeld, Friedr.: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, München 1914.
Wachinger, M.: Verbrechen und Vergehen im Amt, in Vergl. Darst. Bes. T. Bd. 9, Berlin 1906.
Wolf, P.: Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft, Bonn 1927.

Wunderlich: Bericht über die Verhandlungen des Strafrechtsausschusses des Reichstages, DJZ. 1928 S. 74, Berlin 1928.
Zimmerl, E.: Zur Lehre vom Tatbestand, Berlin 1928.

Zeitschriften, Entscheidungssammlungen und deren Abkürzungen.

DJZ. = Deutsche Juristenzeitung (Jahrgang und Seite), Verlag Otto Liebmann.
DStrZ. = Deutsche Strafrechts-Zeitung, herausgeg. von Otto Liebmann (1914—1922).
E. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
GerS. = Der Gerichtssaal.
GoltdA. = Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß.
HoltzdHdb. = Handbuch des Deutschen Strafrechts, in Einzelbeiträgen herausgegeben von Fr. v. Holzendorff. Berlin 1. und 2. Bd. 1871, 3. Bd. 1874, 4. Bd. 1877.
J. W. = Juristische Wochenschrift, herausgegeben vom Deutschen Anwaltsverein.
IKVM. = Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung.
StG. d. Ggw. = Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung; herausgegeben von v. Liszt und Crusen, Berlin 1894/99.
Vergl. Darst. = Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts; A. T.: Allgemeiner Teil; B. T.: Besonderer Teil.
ZStW. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

1. Teil.

Die Teilnahme am Sonderverbrechen nach geltendem Recht.

1. Abschnitt.

Allgemeiner Teil.

§ 1.

Das Sonderverbrechen im Reichsstrafrecht.

Um auf das Wesen des Sonderverbrechens eingehen zu können, muß man von dem allgemeinen Verbrechensbegriff ausgehen.

Verbrechen im allgemeinen Sinn ist ein rechtlich für strafbar erklärtes Verhalten, das sowohl in einem positiven Tun wie in einem Unterlassen bestehen kann [1])

Indem der Staat ein bestimmtes Verhalten für strafbar erklärt, gibt er zu erkennen, daß es auch rechts- oder normwidrig ist [2]).

Diese Normen haben einen doppelten Inhalt. Zunächst enthalten sie ein sachliches Unwerturteil. Sie bestimmen, daß ein bestimmtes Geschehen objektiv rechtswidrig ist. Diese Rechtswidrigkeitserklärung wird ohne Rücksicht auf die Person des Täters getroffen, sie ergreift daher auch die Handlung Unzurechnungsfähiger und schuldlos Handelnder [3]).

Sodann enthalten aber die Normen auch ein persönliches Unwerturteil. Mit der subjektiven Norm wendet sich der Gesetzgeber an den einzelnen handelnden Menschen. Von diesem verlangt er, daß er nichts tun soll, von dem er zu erkennen vermag, daß es den gesetzlich mißbilligten Erfolg bewirken kann. Die subjektive Norm appelliert also an das Pflichtbewußtsein des einzelnen Handlungsfähigen. Lehnt dieser sich gegen den Befehl auf, so trifft ihn der Schuldvorwurf [4]).

---

[1]) Frank, Komm. S. 1.

[2]) Allfeld, a. a. O. S. 72; Köhler, a. a. O. S. 88; v. Hippel, Z. St. W. 36, 510; Kitzinger: Die Verhinderung strafbarer Handlg. 1913 S. 6 ff.; Mezger, Z. St. W. 42, 368. Vom Sinne der strafrechtlichen Tatbestände, 1926, S. 11; P. Merkel, Grundriß des Strafrechts 1. T. S. 68; Frank, Komm. S. 1, 2.

[3]) Schoetensack, GerS. Bd. 83 S. 23 ff; Festschrift für Binding Bd. I S. 379 f.

[4]) Schoetensack, Festschrift für Frank II. Bd. S. 65 ff; Festschrift für Binding I. S. 379 ff; Oetker, GerS. Bd. 79 S. 11; Leipz. Komm. S. 2 ff; J. Goldschmidt, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht, 1913, Heft 4, S. 129 ff; ähnlich auch Binding, Normen IV (1920) S. 363; Nagler, Teilnahme am Sonderverbrechen, S. 10; Höpfner, Z. St. W. 22, S. 209; a. A. M. E. Mayer, Lehrb. allg. Teil, S. 35 ff, der insbesondere bestreitet, daß sich die Strafrechtsnormen an die Täter richteten, da es unmöglich sei,

Mit den subjektiven Normen wendet sich der Gesetzgeber im allgemeinen an alle Rechtsgenossen. Mitunter bindet er aber nur eine bestimmte Gruppe derselben, z. B. bei den Amtsdelikten nur die Amtsträger, bei den Militärdelikten nur die Militärpersonen. Nur von den Angehörigen dieser besonderen Personenkreise verlangt er Gehorsam, nur sie können den Tatbestand der fraglichen Delikte in Täterschaft verwirklichen [5]).

Man nennt diese Verbrechen im Gegensatz zu den Gemeinverbrechen, den Verbrechen, die alle Deliktsfähige begehen können, in Übersetzung der lateinischen Bezeichnung für die militärischen Standesverbrechen, der „delicta propria" (1. 5. pr. de re militari D. 49, 16), Sonderverbrechen. Die Sonderverbrechen sind aber im Gegensatz zu den „delicta propria" im geltenden Recht nicht auf die Standesverbrechen (z. B. Militär- oder Amtsdelikte) beschränkt [6]).

Der besondere Personenkreis, der für die Sonderverbrechen charakteristisch ist, wird im Tatbestand der einzelnen Strafgesetzbestimmungen angegeben. Bei einigen Sonderdelikten kennzeichnet den Täter eine physische Eigenschaft, z. B. das Geschlecht, bei anderen die Zugehörigkeit zu einem besonderen Berufskreis oder Stand, z. B. Gewerbetreibender. Man unterscheidet daher auch Sonderverbrechen aus rechtlichen und physischen Gründen [7]), doch kommt dieser Unterscheidung keine praktische Bedeutung bei.

Welche Delikte im Einzelfall zu den Sonderdelikten zu rechnen sind, ist oft sehr zweifelhaft. Denn die Zugehörigkeit zu einem besonders qualifizierten Personenkreis wird von dem Gesetzgeber nicht nur als strafbegründender, sondern mitunter auch als straferhöhender Umstand verwertet. So gehört z. B. die Körperverletzung und der Hausfriedensbruch im Amt, §§ 340, 342 RStGB nicht zu den Sonderdelikten, sondern sie sind nur Fälle der gemeinen Delikte der Körperverletzung und des Hausfriedensbruchs, §§ 217, 123 RStGB, deren Strafrahmen erweitert wurde, da der Täter ein Beamter ist [8]). Falls die Zugehörigkeit zu einem besonderen Personenkreis nicht strafbegründend, sondern nur straferhöhend wirkt, spricht man von unechten oder uneigentlichen Sonderdelikten im Gegensatz zu den echten oder eigentlichen Sonderdelikten.

Die Scheidung der eigentlichen von den uneigentlichen Sonderdelikten bereitet besonders bei den Amts- und Militärverbrechen große Schwierigkeit. Es besteht daher schon aus diesem Grund das Bedürfnis, den begrifflichen Unterschied zwischen Sonderverbrechen und Gemeinverbrechen möglichst scharf herauszuarbeiten. Es wurde daher versucht, einen weiteren begrifflichen Unterschied zwischen Gemein- und Sonderverbrechen darin zu erblicken, daß das durch die Sonderverbrechen verletzte Rechtsgut

---

daß diesen sämtliche Strafrechtsnormen bekannt seien. Diese Argumentation ist jedoch nicht stichhaltig, denn die Strafrechtsnormen enthalten nur die Mindestanforderungen, welche der Staat in sozialethischer Beziehung an seine Untertanen stellt. Diese dürften aber in dem Kreis der Personen, die als Täter in Frage kommen, bekannt sein.

[5]) Nagler, a. a. O. S. 7 ff; Frank, a. a. O. S. 11; Beling, a. a. O. S. 324; Köhler, Lehrb. S. 157; v. Olshausen, a. a. O. § 47 N. 20; v. Schwarze, S. 135; Kohler, Studien I. S. 134 ff; Binding, Grundriß, S. 73; Schoetensack, Festschrift für Frank, S. 56.

[6]) Nagler, a. a. O. S. 18 ff.

[7]) Binding, Grundriß, S. 73; Höpfner, Z. St. W. 22, 213; Nagler, a. a. O. S. 2.

[8]) Birkmeyer, Enzyklopädie, § 52; Wachinger, Vergl. Rechtsdarst. B. Teil 9. 227; Binding, Handbuch, 1. 433; Oppenheim, Die Rechtsbeugungsverbrechen, S. 24 ff; Nagler, a. a. O. S. 27 ff. E. 12, 223.

so geartet sei, daß es nur durch den im Sonderverbrechenstatbestand bezeichneten besonderen Personenkreis verletzt werden könne. So sei z. B. das durch die Amts- und Militärdelikte verletzte Rechtsgut die Amts- oder Dienstpflicht, die begrifflich nur von einer in diesem besonderen Dienstverhältns zum Staat stehenden Person verletzt werden könne [9]). Die Dienstpflicht ist jedoch kein geeignetes Rechsschutzobjekt. Zunächst ist sie viel zu unbestimmt, als daß sie zum Aufbau eines festumrissenen Deliktstatbestandes verwendet werden könnte. Sodann würde aber auch durch diese Annahme die Grenzziehung zwischen Kriminal- und Disziplinarunrecht unmöglich gemacht werden [10]). Diese Grenzziehung ist jedoch erforderlich, denn wenn der Beamte seine Amtspflicht verletzt, interessiert dies den Staat nur in seiner Stellung als Dienstherrn. Erst wenn durch diese Amtspflichtverletzung auch weitere Rechtsgüter verletzt oder gefährdet werden, hat der Staat in seiner Stellung als Inhaber der Srafgewalt Veranlassung, dagegen einzuschreiten [11]). Das durch die Amtsdelikte verletzte Rechtsgut ist daher auch nicht die Amtspflicht des Beamten, sondern die Machtstellung des Staates. Der Staat ist durch das pflichtwidrige Arbeiten seiner Beamten und durch eine Auflockerung der Disziplin in seinem Heer, wie die Geschichte lehrt, in seinem Fortbestand gefährdet. Er hat daher auch als Inhaber der Strafgewalt alle Veranlassung, hiergegen einzuschreiten [12]). Die Machtstellung des Staates ist aber ein Rechtsgut, das z. B. durch Hochverrat, Landesverrat oder Widerstand gegen die Staatsgewalt und ähnliche Verbrechen, durch alle Deliktsfähige verletzt werden kann, wenn auch nicht unmittelbar auf die in den Amtsverbrechen angegebene Weise.

Ebenso wie bei den Amts- und Militärdelikten kann auch bei den anderen Sonderverbrechen, insbesondere den gewerblichen Sonderverbrechen das durch diese geschütze Rechtsgut von allen Deliktsfähigen verletzt werden. Die Sonderverbrechen unterscheiden sich daher durch das geschützte Rechtsgut begrifflich nicht von den Gemeinverbrechen.

Da auch sonstige begriffliche Unterschiede zwischen Sonder- und Gemeinverbrechen nicht gefunden werden können, kann die Abgrenzung zwischen eigentlichen und uneigentlichen Sonderverbrechen nur durch die unzweifelhafte Feststellung getroffen werden, ob der persönliche Herrschaftsbereich des Rechtssatzes begrenzt oder unbegrenzt ist [13]). Dabei spricht die Vermutung dafür, daß sich der Gesetzgeber mit seinen Rechtssätzen an alle Untertanen wenden will. Ein Sonderverbrechen darf daher nur dann angenommen werden, wenn sich eine Begrenzung des Rechtssatzes auf die Angehörigen besonderer Lebenskreise mit hinreichender Bestimmtheit ergibt.

Welche der streitigen Bestimmungen zu den Sonderverbrechen und welche zu den qualifizierten Gemeinverbrechen gehören, ergibt sich daher nur durch Auslegung [14]).

---

[9]) Schütze, Die notwendige Teilnahme, S. 341; Koppmann, Die Strafbarkeit der Teiln. von Zivilpers. an rein milt. Delikten, S. 8; Kohler, Studien I. S. 135; Prackenhöft, Archiv für Kriminalrecht, 1840, S. 410.

[10]) Oppenheim, Rechtsbeugungsverbrechen, S. 12—16; Nagler, a. a. O. S. 24.

[11]) Oppenheim, a. a. O. S. 23; Nagler, a. a. O. S. 25

[12]) Oppenheim und Nagler, a. a. O.

[13]) Nagler, a. a. O. S. 10, 16.

[14]) Oppenheim, a. a. O. S. 23 ff; Nagler, a. a. O. S. 26—39; Frank, Z. St. W. 37, 28 ff; Wachinger, Vergl. Darst., bes. T. 9, 292 ff; Birkmeyer, Enzyklopädie, § 52; Binding, GerS. 64, 1 ff; Lehrb. 2. 395 ff.

II. Die Teilnahme.

Der Tatbestand einer strafbaren Handlung kann von einer Person allein verwirklicht werden. Er kann aber auch von mehreren Personen in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken erfüllt werden. Diese Fälle regelte der Gesetzgeber in dem dritten Abschnitt des ersten Teils des Strafgesetzbuchs.

Der geschichtlichen Entwicklung und den mannigfaltigen Möglichkeiten des Zusammenwirkens Rechnung tragend, unterscheidet das geltende Strafrecht drei verschiedene Arten der Teilnahme, die Mittäterschaft, § 47, die Anstiftung, § 48, und die Beihilfe, § 49. Hierzu haben Wissenschaft und Rechtsprechung noch eine 4. Art des strafbaren Zusammenwirkens, die mittelbare Täterschaft ausgebildet, die allerdings begrifflich mehr zur Alleintäterschaft gehört.

1. Das Wesen der Teilnahme.

Täter kann nur sein, wer eine Bedingung zur Verwirklichung des Tatbestandes setzt. Nach der von dem Strafgesetzbuch vertretenen Auffassung gilt das gleiche für die Teilnahme, die sich aus der Fassung der §§ 48, 49 StGB. ergibt, durch die sich der Gesetzgeber bewußt für diese Theorie entschieden hat [15]). Hierdurch unterscheidet sich auch die Teilnahme von der die Tat vorbereitenden und ihr nachfolgenden Unterstützung. Die vor der Begehung liegende Unterstützung ist nur dann Teilnahme, wenn sie für die Verwirklichung des Tatbestands kausal war [16]). Die der Tat nachfolgende Unterstützung kann für die Tat nicht mehr kausal sein. Es war daher erforderlich, für sie, soweit sie strafwürdig erschien, besondere Deliktstatbestände zu schaffen, nämlich die Begünstigung und die Hehlerei; §§ 257—260 StGB.

Aus dem Umstand ,daß sowohl Täter wie Anstifter und Gehilfe Bedingungen zur Verwirklichung des Tatbestands setzen, wird mit Recht gefolgert, daß begrifflich der Unterschied zwischen Mittäterschaft, Anstiftung und Beihilfe überflüssig ist. Es wäre durchaus möglich, die Gesetzestatbestände oder den Begriff der Mittäterschaft so weit zu fassen, daß jeder, der eine Bedingung zur Verwirklichung eines Verbrechenstatbestands setzt, als Mittäter bestraft werden kann, wie dies zum Beispiel das norwegische Strafgesetzbuch in seinem § 58 statuiert hat [17]). Der Gesetzgeber hat jedoch die Mittäterschaft und die Teilnahme im engeren Sinn, die Anstiftung und Beihilfe beibehalten. Hieraus ergeben sich für die Natur der Teilnahme im engeren Sinn wichtige Folgerungen.

Der Gesetzgeber ist dadurch gezwungen, die Täterschaft enger zu fassen, um den Kreis der strafbaren Handlungen durch die übrigen Teilnahmeformeln erweitern zu können. Es handelt sich also bei der Teilnahme im engeren Sinne wie beim Versuch

[15]) Heimberger, Teilnahme am Verbrechen, 1896; Mintz, Die Lehre von der Beihilfe, 1892; Jaquin, Die Teilnahme am Verbrechen; Spitzer, Die Teilnahme an unerlaubten Handlungen, 1931, Heft 43 der rechtswissenschaftlichen Studien; Frank, Komm. S. 102.

[16]) Frank, a. a. O.

[17]) Traeger, J. W. 1922, S. 976; Kitzinger, J. W. 1922, S. 979; Gerland, za E. 25, S. 52; Getz, JKVM 5, 348; Lilienthal, Z. St. W. 15, 287; Klee, Goltd. Arch. 67, 84; Frank, Komm. S. 103.

um Strafausdehnungsgründe [18]). Hieraus ergibt sich zwangsläufig, daß der Gesetzgeber die Teilnahme akzessorisch gestalten muß, denn um die Strafbarkeit ausdehnen zu können, ist es erforderlich, daß eine ausdehnbare Haupttat vorliegt. Anstiftung und Beihilfe setzen also mit logischer Notwendigkeit voraus, daß sie wenigstens zu einem tatbestandsmäßigen Handeln in Beziehung stehen.

Die Abhängigkeit von diesem tatbestandsmäßigen Handeln kann nun enger oder weiter sein. Theoretisch sind 3 verschiedene Grade der Abhängigkeit denkbar [19]):

a) der Teilnehmer kann nur dann bestraft werden, wenn auch der Haupttäter verfolgt und bestraft wird, so daß er z. B. straflos bliebe, wenn dem Täter ein Strafausschließungsgrund zur Seite steht;
b) der Teilnehmer kann bestraft werden, wenn der Haupttäter den Verbrechenstatbestand in objektiver und subjektiver Beziehung erfüllt hat;
c) der Teilnehmer kann schon dann bestraft werden, wenn der Haupttäter den Verbrechenstatbestand in objektiver Beziehung erfüllt hat.

Das geltende Strafrecht hat, wenn man von der in §§ 3 und 4 JGG. gemachten Ausnahme absieht, den Abhängigkeitsgrad zu b gewählt. Der Anstifter und Gehilfe kann nur bestraft werden, wenn der Täter, zu dessen Tat die Anstiftung oder Beihilfe geleistet worden ist, rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat.

2. Die einzelnen Formen der Teilnahme.

A. Mittäterschaft.

Wenn mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, kann nach § 47 StGB. jeder als Täter bestraft werden.

Dies ist ganz selbstverständlich, wenn jeder der Täter den ganzen Verbrechenstatbestand in eigener Person erfüllt hat, z. B. wenn mehrere Diebe einsteigen und jeder eine Sache wegnimmt. Dieser Fall bedurfte keiner besonderen gesetzlichen Regelung. § 47 regelt aber auch den ganz anders gelagerten Fall, daß der strafrechtlich erhebliche Tatbestand erst durch das Zusammentreffen mehrerer Ausführungshandlungen erfüllt wird. So würde in einem Fall, in dem A. nur einbricht und B. nur stiehlt, getrennt betrachtet, die Tätigkeit des A. als Sachbeschädigung, die des B. als einfacher Diebstahl anzusehen sein. Wenn man aber ihre Ausführungshandlungen zusammenfaßt, wie es im § 47 vorgeschrieben ist, erfüllen sie gemeinsam den Tatbestand des schweren Diebstahls (§ 243 Ziff. 2).

Aus § 47 ist für Erfolgsdelikte die Regelung zu entnehmen:

> haben mehrere Personen einen Erfolg durch gemeinschaftliche Ausführungstätigkeit verursacht, so haftet jede so, als ob sie ihn allein verursacht hätte [20]).

Bei Tätigkeitsdelikten (Meineid, §§ 153, ff., Vornahme unzüchtiger Handlungen, nach §§ 174, 176, unbefugtes Tragen einer Amtskleidung, § 360. Nr. 8 etc.) kann dagegen Mittäter nur sein, wer in seiner Person eine dem Tatbestand entsprechende Handlung vornimmt, z. B. einen Meineid leistet [21]). Wenn auch die Mittäterschaft unter der

---

[18]) M. E. Mayer, Lehrbuch, S. 341; Kern, GerS. 92, 125; Frank, Komm. S. 103.
[19]) M. E. Mayer, Lehrbuch, S. 390; Kern, GerS. 92, S. 129.
[20]) Frank, Komm. § 47, Anm. I.

Teilnahme geregelt ist, ist sie doch eine Form der Täterschaft geblieben. Mittäter kann daher nur derjenige sein, der das Delikt auch als Alleintäter begehen kann. Die Mittäterschaft an Sonderdelikten ist daher, wie später noch näher ausgeführt wird, nur beschränkt möglich.

Endlich ist auch Mittäterschaft nur bei den Delikten möglich, die begrifflich eine Mittäterschaft zulassen, z. B. nicht bei Ehebruch und Blutschande [22]).

2 B. Mittelbare Täterschaft.

Während die Mittäterschaft in dem schuldhaften Zusammenwirken Mehrerer zur Verwirklichung eines Delikts besteht, fehlt es bei der mittelbaren Täterschaft gerade an diesem schuldhaften Zusammenwirken, denn bei ihr mißbraucht der mittelbare Täter (Hintermann) den unmittelbar Handelnden (Vormann) zur Verwirklichung des Verbrechenstatbestands, ohne daß sich der Vormann dessen bewußt ist.

Mittelbarer Täter ist, wer vorsätzlich veranlaßt, daß eine Straftat durch einen Anderen zur Ausführung gelangt, der diese Tat nicht selbst vorsätzlich begeht oder nicht zurechnungsfähig ist [23]). Da die mittelbare Täterschaft ein Begriff ist, der bei der Abfassung des Strafgesetzbuchs noch so flüssig war, daß der Gesetzgeber von einer Definition Abstand nahm, gibt es bei ihr viele Streitfragen. Von diesen werden besonders zwei im Laufe der Arbeit eine größere Rolle spielen, nämlich die Abgrenzung zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft in den Fällen, in denen der Angestiftete entgegen der Ansicht des Anstifters nicht zurechnungsfähig war, und die Behandlung der mittelbaren Täterschaft bei den Sonderdelikten. Gerade bei den Sonderdelikten entsteht nämlich das Bedürfnis, wenn der Vormann ein schuldhaft handelnder Extraneus ist, den Hintermann, wenn er dem Kreis der tauglichen Täter angehört, als mittelbaren Täter zu bestrafen. Auf beide Fragen wird in anderem Zusammenhang noch ausführlich eingegangen.

2 C. Anstiftung und Beihilfe.

Wie schon ausgeführt wurde, sind Anstiftung und Beihilfe akzessorisch gestaltet. Ihr Wesen liegt in der vorsätzlichen Veranlassung oder Unterstützung der strafbaren Tat des Täters. Sie werden von dem Gesetzgeber nicht als selbständiger Angriff angesehen, sondern nur als Veranlassung oder Unterstützung einer gegen eine Rechtsnorm verstoßenden Handlung [24]). Anstifter ist, wer vorsätzlich einen Anderen zu der von diesem begangenen strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt hat [25]).

[21]) P. Wolf, Betrachtungen, 1927, S. 187, E. 61, 199; 37, 92; Frank, Komm. Anm. VI. 2. zu § 47.

[22]) V. Liszt-Schmidt, Lehrb., § 50; Nagler, Teilnahme am Sonderverbrechen, S. 65 ff, 79; Allfeld, Lehrb., S. 217; E. 31, 407; 39, 193; 42; 382; a. A. Berolzheimer, Die akzessorische Natur der Teilnahme, 1909, S. 50.

[23]) E. 62, 369 (390); 41, 61; 1, 146; Binding, Grundriß, 149 ff; Strafrechtliche Abhandlungen, 1. 270 ff; Frank, Komm. S. 108; P. Wolf, Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft, S. 52, der allerdings von der herrschenden Ansicht insofern abweicht, als er mittelbare Täterschaft auch dann annimmt, wenn der Vormann weniger schuldhaft erscheint als der Hintermann; Beling, Lehre vom Verbr., 602; Z. St. W. 28, 696.

[24]) M. E. Mayer, Lehrb. S. 380.

[25]) Frank, Komm. Anm. II zu § 48.

Der Anstifter muß also wissen, daß und wozu er anstiftet, und sein Vorsatz muß den Willen umfassen, im Angestifteten den Entschluß zur Begehung der strafbaren Handlung hervorzurufen [26]). Die Anstiftung muß endlich auch kausal für die Tat gewesen sein [27]). Für den Umfang der Haftung des Anstifters ist das wirklich Geschehene maßgebend, doch haftet der Anstifter nur im Rahmen seines Vorsatzes, also nicht für sogenannte Exzesse des Täters [28]).

Gehilfe ist, wer dem Täter zur Begehung der Tat vorsätzlich Hilfe leistet.

Der Gehilfe muß also eine Vorstellung von den wesentlichen Merkmalen der Tat haben, und sein Wille muß auf das Zustandekommen der Tat gerichtet sein, zu deren Förderung er tätig ist [29]). Ob der Gehilfe den Vorsatz haben muß, durch seine Hilfe zur Vollendung der Tat beizutragen, ist bestritten. Von einer ganzen Reihe Schriftsteller und auch von einigen Entscheidungen des Reichsgerichts wird dieser Vorsatz nicht gefordert und es für die Strafbarkeit des Gehilfen für ausreichend erklärt, wenn der Gehilfe den Vorsatz habe, die Tätigkeit des Haupttäters zu fördern [30]). Dieser Ansicht ist jedoch nicht beizutreten. Wenn man den agent provocateur für straflos erklärt, weil sein Vorsatz nicht auf die Vollendung der Tat gerichtet ist, muß dasselbe auch beim Gehilfen gelten. Insbesondere folgt dies aber aus dem Wesen der Teilnahme. Der Teilnehmer wird nicht bestraft, weil er will, daß sich der Täter strafbar macht, sondern weil er das durch die einzelne Strafgesetzbestimmung geschützte Rechtsgut vorsätzlich verletzt oder wenigstens verletzen will. Daß dies der Wille des Gesetzgebers ist, folgt insbesondere auch daraus, daß er nicht als Teilnehmer schlechthin, sondern als Teilnehmer an einem ganz bestimmten Delikt auf Grund der Strafdrohungen des besonderen Teils bestraft wird [31]). So wird denn auch von den meisten Schriftstellern, insbesondere auch vom Reichsgericht, die Beihilfe zu einem untauglichen, wenn auch strafbaren Versuch, dessen Untauglichkeit der Gehilfe erkannt hat, für straflos erklärt, was nicht erfolgen könnte, wenn der Gehilfe deshalb strafbar ist, weil er fremdes strafbares Verhalten unterstützt hat.

3. Die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme.

Da es der Gesetzgeber unterlassen hat, die Teilnahmeformen so zu fassen, daß sich aus der Definition die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme ergibt, bereitet diese Abgrenzung große Schwierigkeiten.

---

[26]) E. 28, 287; Nagler, a. a. O. S. 138.

[27]) Allfeld, Lehrb. S. 204; Coenders, Strafrechtl. Grundbegriffe, 1909, S. 136; Lobe, Leipz. Komm. Anm. 1 zu § 49; a. A. Beling, Lehre v. Verbr. 391; Liepmann, Einl. in das Strafrecht, die den Kausalzusammenhang zwischen der Anstiftungstätigkeit und dem Erfolg nicht für erforderlich halten. Sie stezten sich aber damit in Widerspruch zu dem in §§ 48, 49 zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers, daß Teilnehmer nur sein kann, wer eine Bedingung zur Verwirklichung des Tatbestandes gesetzt hat. Nagler, a. a. O. S. 134 ff; v. Bar, Gesetz und Schuld, 2. 617. Heilbronn der agent provocateur (01) 60 f.

[28]) E. 5, 17; 60, 1 .

[29]) E. 15, 315; 17, 377; 56, 168; 60, 24; v. Liszt, Z. St. W. 38, 308; Frank, Anm. I zu § 49.

[30]) Lobe, Leipz. Komm. Anm. 4 zu §49; Binding, Strafrechtl. Abhandlungen, 1915, 1. 311 ff; Wachenfeld, Lehrb. S. 11; E. 58, 113.

[31]) E. 19, 25; Olshausen, N. Komm. Anm. 13 zu § 49; Frank, Komm. Anm. I und II zu § 49; v. Liszt, Z. St. W. 38, 308, mit Angabe weiterer Literatur.

Die Scheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme kann sowohl auf objektiver wie auf subjektiver Grundlage getroffen werden, je nachdem man das entscheidende Gewicht auf das Maß der entfalteten Tätigkeit oder auf die Willensrichtung legt. Dementsprechend haben wir auch hauptsächlich zwischen objektiven und subjektiven Theorien zu unterscheiden.

Fast alle Theorien gehen dabei von einer bestimmten Kausalitätstheorie aus.

Bei allen Delikten tritt die Frage auf, wann ein bestimmtes Ereignis, mag es in einer Verletzung, mag es in einer Gefährdung bestehen, als Erfolg einer Handlung angesehen werden kann, d. h. wann eine Handlung für ein Ereignis kausal ist.

Da nun jedes Ereignis von einer Reihe von Bedingungen abhängig zu sein pflegt, spitzt sich die Frage nach der Kausalität auf die Frage zu, ob einer unter diesen Bedingungen eine so hervorragende Bedeutung zukommt, daß man sie als die Ursache des Erfolges ansehen kann.

Diese Frage wird von einer Reihe von Schriftstellern bejaht; worin allerdings der Unterschied zwischen Ursache und Bedingung bestehen soll, darüber herrscht zwischen ihnen lebhafter Streit.

Nach Birkmeyer ist Ursache die wirksamste Bedingung [32]).

Binding sieht diejenige Bedingung als Ursache an, durch welche die dem Erfolg günstigen Umstände das Uebergewicht über die ihm widerstrebenden erlangen [33]). Kohler erklärt diejenige Bedingung zur Ursache, welche die Existenz des Erfolges erregt [34]). Nach der am häufigsten vertretenen Ansicht ist Ursache diejenige Bedingung, welche den Erfolg wahrscheinlich macht, weil sie unter der Voraussetzung gewisser anderer Bedingungen eine generelle Tendenz hat, ihn herbeizuführen [35]). Wenn man mit den Anhängern der objektiven Theorie den Unterschied zwischen Ursache und Bedingung bejaht, bietet auch die Scheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme keine Schwierigkeiten. Dann ist Täter derjenige, welcher die Ursache zu dem strafrechtlich erheblichen Erfolg gesetzt hat, Teilnehmer aber derjenige, welcher zu diesem Erfolg nur eine Bedingung gesetzt hat, wenn er dadurch zugleich die übrigen Bedingungen und Voraussetzungen der Anstiftung oder Teilnahme erfüllt hat [36]). M. E. kann jedoch die Trennung zwischen Ursache und Bedingung, die dieser Scheidung zwischen Täter- und Teilnahmehandlung zugrunde liegt, nicht vorgenommen werden; denn alle Unterscheidungsmerkmale, nach denen diese Trennung vorgenommen werden soll, sind ziemlich willkürlich aufgestellt und lassen dem Fragesteller zu viel Spielraum, so daß jeder je nach seinem Interesse bald diese bald jene Bedingung als Ursache bezeichnen kann [37]). Ich schließe mich daher der zweiten Gruppe von Schriftstellern

[32]) Birkmeyer, Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang; GerS. 37, 255.

[33]) Binding, Normen 1, 133; 2. 472.

[34]) Kohler, Goltd. Arch. 51, 327 ff.

[35]) v. Bar, Die Lehre vom Kausalzusammenhang; v. Kries, über den Begriff der objektiven Unmöglichkeit; Z. St. W. 9, 528; Traeger, Der Kausalbegriff, 1904; Liepmann, Goltd. Arch. 52, 23 ff; M. Rümelin, Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht, 1900; Allfeld, Lehrb. S. 106 ff; v. Bar, Gesetz und Schuld, 2, 178; Krückmann, Z. St. W. 37, 353 ff.

[36]) Birkmeyer, Lehre von der Teilnahme, 1890; Olshausen-Niethammer, Anm. 5 zu § 47; Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, S. 144; Wachenfeld, Lehrb. S. 187; v. Liszt-Schm., §§ 50, 51; Allfeld, Lehrb. S. 203 ff. Beling, Lehre v. Verbr. 397; Wegner, Reform II. S. 104 ff; P. Wolf, Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft, S. 25 ff.

[37]) Frank, Komm. S. 13, 14; Beling, Grundzüge, 3. 29; v. Burli, Die Kausalität, 1873.

an, welche die Unterscheidbarkeit zwischen Ursache und Bedingung verneinen und als Ursache jeden Zustand und jedes Ereignis ansehen, der oder das nicht weggedacht werden kann, ohne daß gleichzeitig der Erfolg entfiele [38]) (Äquivalenztheorie). Die konsequentesten Anhänger der Äquivalenztheorie folgern daraus, daß alle Bedingungen einander gleich sind, und jede Bedingung Ursache ist, daß der Unterschied zwischen Täterschaft und Teilnahme nur in der subjektiven Einstellung der Beteiligten zur Tat gefunden werden kann. Sie sehen daher denjenigen, welcher mit dem „animus auctoris" dem Tätervorsatz gehandelt hat, als Täter, denjenigen, welcher mit dem „animus socii" dem Gehilfenvorsatz gehandelt hat, als Teilnehmer an [39]). Diese Folgerung, die von Buri aus der Äquivalenztheorie zieht, ist nicht zwingend, denn es ist keinesfalls erforderlich, daß die Gleichstellung aller Bedingungen über die Frage nach der Kausalität hinaus reicht, und daß jeder, der eine Bedingung zu einem Erfolg gesetzt hat, gleich schuldhaft gehandelt haben muß [40]). Es ist daher durchaus mit der Äquivalenztheorie vereinbar, daß hinsichtlich der Schuldfrage die einzelnen Bedingungen, welche zum Erfolg geführt haben, einander nicht gleich sind und zum Beispiel, wie Frank vorschlägt, zwischen der physischen Verursachung, der Täterhandlung und der psychischen Verursachung, der Teilnahmehandlung, zu unterscheiden ist, wofür insbesondere der Wortlaut der §§ 47—49 spricht, der zwischen Ausführungshandlungen und Hilfeleistung unterscheidet [41]).

Es ist jedoch der Wissenschaft nicht möglich, eine befriedigende Abgrenzung zwischen Täter- und Teilnahmehandlung auf objektiver Grundlage zu finden, durch welche diese Trennung auch für die Praxis brauchbar durchgeführt wird. Selbst wenn aber ein derartiges Kriterium gefunden werden könnte, wären die Ergebnisse doch unbefriedigend, da man bei der Bewertung der Tätigkeit der Beschuldigten deren innere Einstellung zur Tat nicht völlig außer Acht lassen kann [42]).

Aus diesen Erwägungen heraus ist der subjektiven Theorie doch der Vorzug zu geben. Denn bei ihr ist die Scheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme klar, praktisch brauchbar und auch rechtspolitisch billig, da die subjektive Theorie zwangsläufig einen starken objektiven Einschlag enthält. Denn bei der Frage, wie der Beschuldigte innerlich zur Tat gestanden hat, kommt es entscheidend auf die von ihm entfaltete Tätigkeit an, da man in den meisten Fällen nur von ihr Rückschlüsse auf seine innere Einstellung ziehen kann. Die subjektive Theorie nähert sich also in der Praxis stark der objektiven und hat vor dieser den großen Vorzug, daß sie dem Richter in der Bewertung der Besonderheiten des einzelnen Falles den denkbar weitesten Spielraum läßt. Auch mit dem Gesetzeswortlaut läßt sich die subjektive Theorie einigermaßen

[38]) v. Buri, Die Kausalität; Beling, Grundriß, S. 29; S. aber auch Beling, GerS. Bd. 101, S. 1 ff; Hälschner, Das gemeine d. Strafrecht 1, 227; v. Liszt-Schm. Lehrb. § 29; Gerland, a. a. O. S. 91; Zeiler, Z. St. W. 27, 493; E, 59, 107; 61, 318, um einige der vielen Entscheidungen des Reichsgerichts zu nennen.

[39]) v. Buri, Die Lehre von der Teilnahme, 1860; Goltd. A. 17, 233; und die Rechtsprechung, allerdings mit der Einschränkung, daß sie zur Mittäterschaft eine, gleichgültig wie geartete Tätigkeit des Mittäters während der Ausführung verlangt, E. 14, 28; 15, 295; 26, 345; 54, 152.

[40]) Frank, Komm. S. 14; Beling, Grundriß, S. 29; Kitzinger, Aphorismen, S. 25 ff.

[41]) G. Goetz, Grenzziehung, 1910, S. 45 ff; Frank, Komm. S. 104.

[42]) Begründung zum Entwurf, 1927, S. 29; Oetker, GerS. Bd. 94, S. 2.

vereinbaren, wenn man, wie die Rechtsprechung, von dem Täter verlangt, daß er bei der Ausführung des Deliktes eine gewisse Tätigkeit entfaltet haben muß.

Ich schließe mich daher der von dem Reichsgericht vertretenen gemäßigten subjektiven Theorie an, wonach:

Täter ist, wer mit dem Tätervorsatz eine (irgendwie geartete) Tätigkeit bei bei der Ausführung der Tat entfaltet hat;

Teilnehmer ist, wer mit dem Teilnehmervorsatz an der Ausführung des Deliktes teilgenommen hat.

4. Der Einfluß eines Irrtums über die tatsächlichen Voraussetzungen auf den Täter- oder Teilnehmervorsatz.

In diesem Zusammenhang muß die Frage erörtert werden, welchen Einfluß es auf die Strafbarkeit ausübt, wenn die subjektiven Voraussetzungen anders sind, als es sich die Beteiligten vorgestellt haben. Ein derartiger Irrtum ist in zweierlei Art denkbar:

1. Es vollzieht jemand mit Teilnehmervorsatz eine Täterhandlung, z. B. indem er einen Geisteskranken, den er für zurechnungsfähig hält, zur Tötung eines Dritten bestimmt,
2. oder es vollzieht jemand mit Tätervorsatz eine Teilnahmehandlung, z. B. indem er einen Zurechnungsfähigen, den er für geisteskrank hält, zur Tötung eines Dritten bestimmt, oder sich mit Tätervorsatz an einem Delikt beteiligt, das er nicht als Täter begehen kann.

Im ersten Fall hat der Teilnehmer mehr getan, als seinem Vorsatz entsprach, denn er hat mit Teilnehmervorsatz handelnd den Eintritt des rechtswidrigen Erfolges allein verschuldet. Da er aber nicht den animus auctoris hatte, kann er nicht als Täter, und da es an einer Vortat im Sinne der akzessorischen Natur der Teilnahme fehlt, kann er auch nicht als Teilnehmer bestraft werden. Dieses Ergebnis ist sehr unbefriedigend, denn es besteht rechtspolitisch keine Veranlassung, den Teilnehmer deshalb, weil er mehr getan hat, als er tun wollte, ganz straffrei ausgehen zu lassen.

Um dieses Ergebnis zu vermeiden, legen manche auf diesen Irrtum keinen Wert [43]), andere berücksichtigen den Irrtum nur insoweit, daß sie den Teilnehmer seinem Vorsatz entsprechend bestrafen [44]). Beide Wege sind aber m. E. nach der subjektiven Theorie ungangbar, denn auch mittelbare Täterschaft kann nur angenommen werden, wenn der Hintermann den animus auctois gehabt hat; die Billigkeitserwägung liefe daher auf eine Analogie zu Ungunsten des Beschuldigten heraus, die im Strafrecht nicht zulässig ist [45]). Man kann daher in einem solchen Fall nur dann zu einer Strafbarkeit des Anstifters oder Gehilfen kommen, wenn diese fahrlässig handelten, indem sie die Unzurechnungsfähigkeit des Täters nicht erkannten und so das Delikt als fahrlässige Täter verwirklichten [46]).

---

[43]) Finger, Lehrbuch 1, 336, 404; Gerland, D. Reichsstrafrecht, S. 145; Winter, D. mittelbare Täterschaft, 1917, S. 31.

[44]) Oetker, GerS. 68, 307; Allfeld, Lehrb. S. 216; Schreiber, Schuld und Haftg. S. 24 ff; Frank, Komm. 3. 105; und bezüglich des Anstifters auch v. Liszt-Sch. § 50; Endemann, Die Hetze, 1924, S. 17.

[45]) E. 11, 56; 40, 21.

[46]) Geyer, Goltd. A. 16, 605; Mintz, Die Lehre von der Beihilfe, S. 136; Wuttig, Fahrlässige Teilnahme an Verbrechen, 109; Hergt, Lehre von der Teilnahme, 1909,

Im zweiten Fall, wenn jemand nur Teilnehmer ist, während er Täter zu sein glaubt, liegt Teilnahme vor, denn der Tätervorsatz schließt den Teilnehmervorsatz immer in sich [47]). Es bestehen daher auch keine Bedenken, ihn wegen Teilnahme zu bestrafen.

2. Abschnitt

Besonderer Teil.

§ 3.

I. Problemstellung.

Die Teilnahme am Sonderverbrechen bietet keine besonderen Schwierigkeiten, wenn sämtliche Teilnehmer dem Kreis der tauglichen Täter angehören. In diesen Fällen finden die §§ 47—49 RStGB. selbstverständlich uneingeschränkt Anwendung.

Schwierigkeiten entstehen erst dann, wenn diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, z. B. wenn ein Beamter und ein Nichtbeamter bei der Begehung eines Amtsdelikts zusammenwirken. Ein derartiges Zusammenwirken ist auf die verschiedenste Art möglich, der Beamte kann sich des Nichtbeamten und der Nichtbeamte des Beamten als Werkzeug bei der Verwirklichung des Tatbestandes eines Amtsverbrechens bedienen; der Beamte kann den Nichtbeamten anstiften, die ihm durch die besondere Norm verbotene Handlung vorzunehmen, und endlich können Beamter und Nichtbeamter bei der Begehung eines Amtsdelikts mit Täter- und Teilnehmervorsatz zusammenwirken.

In all diesen Fällen erhebt sich die Frage, ob der durch die Sondernorm nicht vinkulierte Nichtbeamte wegen Teilnahme an der Begehung eines Amtsverbrechens bestraft werden kann.

Diese Frage hat schon im früheren Recht die Juristen beschäftigt, doch konnte man sich über die Entscheidung dieser Frage nicht einig werden. Es hatten sich hauptsächlich zwei Theorien gebildet.

Die eine stellte die Entscheidung auf den verbrecherischen Willen des extranen Teilnehmers ab. Kannte dieser den strafrechtlichen Tatbestand des Sonderdelikts und wirkte er trotzdem zu dessen Erfüllung mit einem tauglichen Täter zusammen, so kann ihm nach dieser Theorie auch der aus der Person des tauglichen Täters entfließende besondere objektive Tatumstand zugerechnet werden und er kann als „socius specialis" bestraft werden, wie wenn er selbst ein tauglicher Täter wäre. Wußte er aber nicht, daß er mit einem tauglichen Täter zusammenwirkte oder blieb ihm aus einem anderen Grund unbekannt, daß er den Tatbestand eines Sonderverbrechens verwirklichen half,

---

135; Horn, GerS. 54, 376; Beling, Lehre v. Verbr. 398; Perten, Die Beihilfe zum Verbrechen, 1918, S. 174/5; Kluckhohn, GerS. 86, 315.

[47]) Oetker, GerS. 68, S. 307; Hergt, Lehre von der Teiln. S. 135 ff; Beling, L. v. V. 254; v. Bar, Gesetz und Schuld, 2, 629; v. Liszt-Schm. § 50; A. A. das Reichsgericht in E. 39, 193, das den positiven Nachweis des nach der subjektiven Theorie zur Teilnahme gehörenden Teilnahmevorsatzes fordert.

so war er nur „socius generalis" und soll als solcher straflos bleiben [48]). Die andere Theorie geht von dem Wesen des Sonderverbrechens aus. Da sich die Sondernormen nur an einen besonderen Kreis wenden und nur diesem die Verpflichtung auferlegen, sein Verhalten nach diesen Bestimmungen einzurichten, könne auch Teilnehmer an einem Sonderdelikt nur derjenige sein, dem diese besondere Verpflichtung auferlegt sei, denn ein Extraneus könne durch seine Teilnahme keine Pflichtverletzung begehen. Der Extraneus müsse daher straflos bleiben, selbst wenn der oder die anderen Teilnehmer die Täterqualifikation besessen hätten [49]). Da bei Abfassung des Preußischen Strafgesetzbuchs vom 14. April 1851 die Frage, ob der extrane Teilnehmer am Sonderverbrechen sich strafbar macht, durch die Wissenschaft nicht einheitlich entschieden wurde, hat der preußische Gesetzgeber hieraus die Folgerung gezogen und hat in § 331 Abs. 2 StGB. bestimmt:

> „Nehmen Personen, welche keine Beamte sind, an einem der in diesem Titel bezeichneten Verbrechen oder Vergehen teil, so sollen, soweit keine Ausnahmen bestimmt sind, die allgemeinen Grundsätze über Teilnahme gelten."

Im 1. Entwurf zu dem geltenden Strafgesetzbuch war in § 336 eine dem § 331 des Pr. StGB. entsprechende Bestimmung vorgesehen. Sie wurde jedoch in den II. Entwurf und in das Strafgesetzbuch nicht aufgenommen, da sie überflüssig sei [50]).

Im Reichsmilitärstrafgesetzbuch wurde zu der Frage, ob eine Nichtmilitärperson wegen Teilnahme an einem Militärdelikt bestraft werden kann, ebenfalls nicht ausdrücklich Stellung genommen, obwohl in § 2 die Bestimmungen des allgemeinen Teils des Deutschen Strafgesetzbuchs auch auf militärische Verbrechen und Vergehen für entsprechend anwendbar erklärt wurden. Der Entwurf I. zu diesem Gesetz enthielt in § 1 eine Bestimmung, nach der die Vorschriften des Militärstrafgesetzbuchs nur auf Militärpersonen Anwendung finden. Diese Bestimmung wurde jedoch in der endgültigen Fassung als überflüssig weggelassen [51]). Auch an sonstiger Stelle wurde im geltenden Reichsstrafrecht die Frage nicht geregelt, ob der extrane Teilnehmer am Sonderdelikt sich strafbar macht. Im § 50 StGB. hat zwar der Gesetzgeber dazu Stellung genommen, welchen Einfluß es auf die Höhe der Strafen der Teilnehmer ausübt, wenn persönliche Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Strafbarkeit einer Handlung erhöhen oder vermindern, nur bei einem Teil der Teilnehmer vorliegen. Er hat es aber auch an dieser Stelle unterlassen, ausdrücklich zu regeln, welchen Einfluß es auf die Strafbarkeit ausübt, wenn besondere Umstände, welche die Strafbarkeit begründen, nur bei einem Teil der Teilnehmer vorliegen [52]).

Im geltenden Strafrecht sind also bezüglich der Teilnahme von Extranen an Sonderverbrechen keine besonderen Bestimmungen getroffen worden.

Es muß daher untersucht werden, welche Schlüsse aus diesem Schweigen des Gesetzgebers gezogen werden können.

---

[48]) Luden, de socio delicti generali et speciali, Commentatio Jenae, 1847: Temme, Beiträge zum preußischen Strafrecht, S. 350; Nagler, a. a. O. S. 86.
[49]) Feuerbach, Lehrbuch, § 52; Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrecht, I. S. 425; Köstlin, System des deutschen Strafrechts, I. S. 238; Nagler, a. a. O. S. 90.
[50]) Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, S. 440.
[51]) Koppmann, Das Militärstrafgesetzbuch, S. 162 f.
[52]) E. 22, 51; 55, 101; Frank, Anm. I. zu § 50 .

§ 4.

I. Die Strafbarkeit des Extranen als Täter oder mittelbarer Täter.

Wie schon bei der Definition des Sonderverbrechens ausgeführt wurde, kann der Extraneus begrifflich ein Sonderverbrechen nicht in Alleintäterschaft verwirklichen, da er nicht zu dem durch die Sondernorm gebundenen Kreis gehört und deshalb den Tatbestand des Sonderverbrechens nicht verwirklichen kann.

Die Mittäterschaft weicht nun nur dadurch von der Alleintäterschaft ab, daß jeder Mittäter für den Erfolg, den er mit anderen zusammen verursacht hat, so einstehen muß, als hätte er ihn allein verursacht. Hinsichtlich der Voraussetzungen, w e r Täter sein kann, ist jedoch nichts geändert. Hieraus folgt, daß Mittäter nur sein kann. wer den Deliktstatbestand auch in Alleintäterschaft verwirklichen kann. Mittäter eines Sonderdelikts kann daher nur sein, wer zum Kreis der durch die Sondernorm Vinkulierten gehört [53]). Eine andere Frage ist, ob der Extrane, der mit dem animus auctoris an einem Sonderdelikt teilgenommen hat, als Anstifter oder Gehilfe bestraft werden kann. Diese Frage kann aber in diesem Zusammenhang nicht entschieden werden.

Der Extrane kann auch als m i t t e l b a r e r T ä t e r ein Sonderverbrechen nicht begehen. Denn mittelbarer Täter kann nur derjenige sein, der das Delikt in Alleintäterschaft verwirklichen kann. Diese Täterqualifikation kann sich der Extraneus auch nicht dadurch erwerben, daß er sich eines tauglichen Täters als Werkzeug bedient, denn die Täterqualifikation kann nicht von dem Werkzeug auf den Täter überspringen [54]). Dieses Ergebnis, daß der Extraneus als mittelbarer Täter eines Sonderverbrechens straflos bleibt, während er als Gehilfe, wie wir später sehen werden, bestraft werden kann, ist nicht befriedigend, denn zweifellos hat er als mittelbarer Täter eine größere verbrecherische Energie entfaltet, denn als Gehilfe. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, wendet Oetker die Sonderdeliktsbestimmungen auf den extranen mittelbaren Täter analog an [55]). Nach Oetker gilt die Regel, daß eine Analogie nicht benützt werden darf, um einen Strafanspruch zu begründen oder zu verschärfen, nur dann, wenn e i n e e i n z e l n e strafrechtliche Bestimmung analog angewandt werden soll, wenn aber eine allgemeine strafrechtliche Kategorie auf gleichartige Verhältnisse anzuwenden sei, sei eine derartige Analgoie durchaus berechtigt. So werde z. B. von allen denjenigen, welche die Kausalität der Unterlassung verneinen, die unterlassene Verhinderung analog der Täterschaft behandelt. Es sei daher auch zulässig, die Verwirklichung des Tatbestandes durch einen Extranen als mittelbaren Täter analog der Täterschaft eines zum Kreis der Vinkulierten gehörenden zu behandeln.

Dieser Theorie Oetkers kann jedoch nicht gefolgt werden. Es kann dahin gestellt bleiben, ob die Regel von der Unzulässigkeit der Ausdehnung der Strafbarkeit durch analoge Anwendung, wie Oetker behauptet, nur beschränkt gilt, m. E. ist diese Behaup-

---

[53]) N a g l e r, a. a. O. S. 65 ff; F r a n k, § 47, Anm. VI; E. 31, 407; 39, 193; 42, 382; A. A. v. B u r i, Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885, S. 294; B e r o l z h e i m e r, Die akzessorische Natur der Teilnahme, 1909, S. 50; nach denen jeder, der sich mit dem animus auctoris an der Begehung eines Deliktes beteiligt, als Mittäter bestraft werden kann, gleichgültig, ob er es auch als Alleintäter begehen könnte.

[54]) G e t z, Mitteilungen der I. K. V. S. 354; O e t k e r, GerS. 68, 303; N a g l e r, a. a. O. S. 75.

[55]) O e t k e r, GerS. 68, S. 303 ff.

tung schon mit Rücksicht auf Art. 116 RV. und § 2 RStGB., nach denen eine Handlung nur dann bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt ist, nicht aufrecht zu erhalten. Denn selbst wenn man die Grundlage der Theorie Oetkers bejaht, sind die Verhältnisse keinesfalls gleichartig, ob der Tatbestand eines Sonderverbrechens durch einen schuldhaft handelnden Vinkulierten oder durch einen schuldhaft handelnden Extranen als mittelbaren Täter verwirklicht wird. Denn es fehlt dem Extranen gerade die Zugehörigkeit zu dem in den Sonderverbrechen bezeichneten Personenkreis, durch die das Sonderverbrechen seine besonder Prägung erhält. Von einem Nichtbeamten kann man z. B. nicht dieselben Hemmungen verlangen, die ein Beamter gegen die Begehung eines Amtsverbrechens hat. Im übrigen könnte man mit demselben Analogischluß auch zu der Strafbarkeit des Extranen als Mittäter eines Sonderdelikts kommen, die zweifellos nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß der Extrane ein Sonderverbrechen weder als Täter noch als Mittäter oder mittelbarer Täter begehen kann.

§ 5.

III. Die Strafbarkeit des Extranen als Anstifter oder Gehilfe eines Sonderverbrechens.

Daraus, daß der Extraneus ein Sonderverbrechen nicht als Täter begehen kann, ergibt sich nichts hinsichtlich der Strafbarkeit des Extranen als Anstifter oder Gehilfen eines Sonderverbrechens. Aus der akzessorischen Natur der Teilnahme im engeren Sinn ergibt sich zwar, daß sich die Teilnahme um die Haupttat als das juristische Zentrum gruppiert, und daß die rechtliche Natur der Haupttat ausschließlich nach der Person des Täters bestimmt wird. Damit ist aber nichts darüber gesagt, w e r als Teilnehmer eines Deliktes in Frage kommt [56]). Der Kreis der tauglichen Teilnehmer an einem Sonderverbrechen kann sich auf den Kreis der tauglichen Täter beschränken. Er kann aber auch alle Deliktsfähige umfassen. Das Hauptproblem dieser Arbeit ist nun, festzustellen, welche dieser beiden Begrenzungen die richtige ist.

Diese Begrenzung kann sich nun ergeben:

a) aus dem Gesetz,
b) aus dem Wesen der Teilnahme,
c) aus dem Wesen der Sonderverbrechen.

Von der Entscheidung dieser Frage hängt es ab, ob der extrane Teilnehmer an einem Sonderverbrechen bestraft werden kann, oder nicht.

1. Versuch, den Willen des Gesetzgebers durch Auslegung zu ermitteln.

Wie schon ausgeführt wurde, hat der Gesetzgeber die Teilnahme am Sonderverbrechen nicht ausdrücklich geregelt. Die Frage, ob Teilnehmer an einem Sonderdelikt jeder Deliktsfähige sein kann, kann daher nur durch Auslegung ermittelt werden.

A. Auslegung der §§ 48, 49 StGB.

Die Rechtsprechung und mit ihr die Mehrzahl der Schriftsteller folgert die Strafbarkeit der extranen Teilnehmer aus dem Wortlaut der §§ 48, 49 StGB.

[56]) N a g l e r, a. a. O. S. 83.

So führt das Reichsgericht in der maßgebenden Entscheidung in Band 6, S. 415, bezüglich des extranen Anstifters aus:

> Das Gesetz hat zum strafrechtlichen Begriff der Anstiftung nur gefordert, daß jemand durch seine Tätigkeit vorsätzlich die Ursache der von einem anderen begangenen strafbaren Handlung geworden ist, nicht aber, daß bezüglich seiner diejenigen persönlichen Eigenschaften vorhanden sind, welche etwa erforderlich sind, um strafbare Handlungen als Täter begehen zu können.
>
> Es ist daher der Begriff der Anstiftung zu einem Beamtendelikt nicht dadurch ausgeschlossen, daß derjenige, welcher den Beamten zu dem Beamtendelikt vorsätzlich bestimmt hat, seinerseits weil er nicht selbst die Beamteneigenschaft besitzt, das Beamendelikt als Täter nicht hätte begehen können.

und im 27. Band, Seite 159, bezüglich des extranen Gehilfen:

> Wer dem Täter bei der Begehung einer Tat wissentlich Hilfe leistet, soll nach § 49 als Gehilfe bestraft werden, und kommt es nicht darauf an, ob er die betreffende Straftat wegen seiner persönlichen Eigenschaften selbst nicht begehen kann . . .

Mit derselben Begründung bejaht Frank die Strafbarkeit des Extranen; (Komm. S. 110)

> denn die §§ 48, 49 machen die Strafbarkeit des Teilnehmers nicht davon abhängig, daß er auch Täter sein kann, und § 50 sagt nichts davon, daß die die Strafbarkeit begründenden Eigenschaften und Verhältnisse lediglich dem Beteiligten zuzurechnen seien, bei dem sie vorliegen [57]).

Die Beweisführung, daß sich ohne weiteres aus dem Wortlaut der §§ 48 und 49 StGB. ergibt, daß der Kreis der tauglichen Teilnehmer an einem Sonderdelikt alle Deliktsfähige umfaßt, ist nicht befriedigend. Denn der Streit geht ja gerade darum, ob diese allgemeinen Regeln, die von dem Normalfall der Teilnahme am Gemeinverbrechen ausgehen, auch auf die Teilnahme am Sonderverbrechen Anwendung finden.

Aus dem Wortlaut der §§ 47, 48 können erst dann Schlüsse gezogen werden, wenn feststeht, daß die Strafbarkeit des extranen Teilnehmers weder dem Wesen der Sonderverbrechen noch dem der Teilnahme widerspricht [58]). Selbst wenn diese Voraussetzungen gegeben sein sollten, ist aber die von der Rechtsprechung gezogene Folgerung nur dann gerechtfertigt, wenn anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber in den §§ 48, 49 nicht nur die Frage, was Anstiftung und Beihilfe ist und welchem Strafrahmen sie unterliegt, sondern auch die Frage, wer Teilnehmer sein kann, regeln wollte.

Dem Wortlaut nach könnte auch die dritte Regelung getroffen worden sein. Es ist aber sehr fraglich, ob sie auch in §§ 48, 49 getroffen worden ist. Denn es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber so verschiedene Fragen in einer Bestimmung geregelt hat, wenn dies äußerlich garnicht in Erscheinung getreten ist, besonders wenn durch

---

[57]) Ähnlich auch v. Liszt-Schmidt, Lehrb. 23. A. S. 231; Birkmeyer, Lehre von der Teilnahme, S. 170; Ortmann, Goltd. A. 22, S. 393; Geyer, Holtzendorffs Handb.; Lobe im Leipz. Komm. Anm. 3 zu § 48; Merkel, Lehrb. S. 148; Oppenheim, Rechtsbeugungsverbrechen, S. 196 ff. E. 50, 135 und die Literatur bei Nagler, a. a. O. S. 106.

[58]) Nagler, a. a. O. S. 107; Beling, Lehre v. Verbrechen, S. 59; Köpnick, a. a. O. S. 51.

die Regelung die Strafbarkeit der Teilnahme an einem Sonderdelikt für einen Personenkreis begründet wird, der bisher nicht vinkuliert war.

1 B. Auslegung des § 50 StGB.

Der Gesetzgeber hat in § 50 geregelt, welchen Einfluß es auf die Strafhöhe hat, wenn straferhöhende oder -vermindernde Umstände nur bei einem Teil der Teilnehmer vorliegen und hat bestimmt, daß sie nur demjenigen Teilnehmer zuzurechnen sind, bei welchem sie vorliegen.

Aus dieser Bestimmung werden für die uns interessierende Frage zwei einander widersprechende Folgerungen gezogen.

Die einen behaupten, daraus, daß der Gesetzgeber nur den Einfluß der strafändernden Umstände auf die Strafe der Teilnehmer geregelt habe, ergebe sich, daß alle persönlichen Umstände außer den strafändernden allen Teilnehmern zuzurechnen seien. Der extrane Teilnehmer an einem Sonderdelikt sei daher strafbar [59]). Die anderen dagegen behaupten, aus § 50 ergebe sich der allgemeine Rechtsgrundsatz, daß besondere Umstände, die für die Strafbarkeit von Bedeutung seien, nur den Teilnehmern zugerechnet werden könnten, bei denen sie vorliegen. Wenn daher besondere Umstände, wie die Zugehörigkeit zu einem besonderen Personenkreis, strafbegründend wirkten, könnten auch nur diejenige als Teilnehmer bestraft werden, bei denen diese besonderen Umstände ebenfalls gegeben seien [60]). Beide Deduktionen kranken daran, daß die in § 50 getroffene Regelung die daraus gezogenen Folgerungen nicht gestatten. In § 50 hat der Gesetzgeber nur für einen besonderen Fall geregelt, w i e bestraft wird, während es sich bei unserer Frage darum dreht, o b überhaupt bestraft werden soll und kann. Diese Frage wird aber nach ganz anderen Gesichtpunkten entschieden, als die Frage wie hoch bestraft wird [61]). Auch daraus, daß der Gesetzgeber nicht geregelt hat, welchen Einfluß es auf die Strafbarkeit der Teilnehmer ausübt, wenn strafbegründende Umstände nur bei einem Teil der Teilnehmer vorliegen, während er diese Frage bei den strafändernden Umständen geregelt hat, können keine Rückschlüsse gezogen werden. Denn diese Regelung kann unterblieben sein, weil der Gesetzgeber davon ausging, daß der extrane Teilnehmer selbstverständlich bestraft werden kann (bei den Amtsdelikten wurde die eine, bei den Militärdelikten die andere Anschauung vertreten) oder weil er die Frage noch für so ungeklärt hielt, daß er sich weder für eine Strafbarkeit noch für eine Straflosigkeit des extranen Teilnehmers entschließen wollte.

Im übigen würde auch der aus § 50 hergeleitete Satz, daß alle persönlichen Momente außer den strafändernden allen Teilnehmern zuzurechnen sind, zu recht unbefriedigenden Ergebnissen führen. Man könnte diese Regel logischerweise nicht auf die strafbegründenden Umstände beschränken, sondern müßte sie auch auf die strafausschliessenden Umstände anwenden und sie auch den Teilnehmern, bei denen sie nicht vor-

---

[59]) F i n g e r, Lehrbuch, S. 372; R u b o, Komm. zum StGB. S. 464; M e y e r, A l l f., Lehrb. S. 270; M. E. M a y e r, Lehrb. Allg. T. S. 231.

[60]) O r t m a n n, Goltd. A. Bd. 22, S. 394; R o ß h i r t s, Annalen der großh. bad. Gerichte, Bd. 64, S. 71; H ä l s c h n e r, gem. dtsch. Strafr. I. S. 440.

[61]) v. B a r, Gesetz und Schuld II. S. 662; N a g l e r, a. a. O. S. 97.

liegen, zugute kommen lassen. Diese Folgerung wurde aber bisher aus § 50 nicht gezogen [61a]).

1 C. Schluß aus den §§ 111, 141, 143, 333, 334 Abs. 2, 357 StGB.

Durch diese Bestimmungen werden Teilnahmehandlungen Extraner an Amts- und Militärverbrechen selbständig unter Strafe gestellt. Hieraus wird gefolgert, daß nach dem geltenden Strafrecht die Teilnahme Extraner an Sonderverbrechen straflos ist, da sonst keine Veranlassung bestanden hätte, für diese Fälle (§ 112 öffentliche Aufforderung zum militärischen Ungehorsam, § 141 Verleitung und Beihilfe zur Desertion, 143 Teilnahme an den Handlungen eines Wehrpflichtigen, durch die sich derselbe der Wehrpficht entziehen will; § 333 Beamtenbestechung; § 334 Richterbestechung) besondere Bestimmungen zu treffen [62]). Dieser Schluß ist jedoch nicht gerechtfertigt. Denn durch die angegebenen Bestimmungen hat der Gesetzgeber nicht schlechthin die Teilnahme an Sonderdelikten für strafbar erklärt, sondern er hat gleichzeitig besondere Vorbereitungshandlungen Extraner ohne Rücksicht auf den Erfolg ihrer Tätigkeit unter Strafe gesetzt. Die Delikte der §§ 333, 334, 357, 111 haben infolgedessen, da bei ihnen eine strafbare Haupttat nicht erforderlich ist, mit akzessorischer Teilnahme nichts mehr zu tun. Hieraus kann gefolgert werden, daß der Gesetzgeber mit diesen Bestimmungen in erster Linie bezweckt hat, Vorbereitungshandlungen, welche geeignet sind, den Beamten- und Militärstand zu gefährden, strafrechtlich zu erfassen, auch wenn sie zu keinem strafrechtlich erheblichen Erfolg geführt haben, z. B. die versuchte Bestechung erfolglos blieb [63]).

Auch in §§ 141, 143 StGB. ist nicht nur die Teilnahme des Zivilisten an diesen militärischen Delikten für strafbar erklärt worden. So ist in § 141 die Beihilfe zum Anwerben zu einem selbständigen Delikt gemacht, das schon vollendet ist, sobald die Möglichkeit der Einwirkung der Werber der ausländischen Macht auf einen Deutschen gegeben ist [64]). Auch § 143 enthält eine Abweichung von den allgemeinen Teilnahmebestimmungen, indem es denjenigen, welcher an diesem Delikt als Gehilfe teilnimmt, hinsichtlich der Strafbarkeit dem Täter gleichstellt.

Im allgemeinen kann man also sagen, daß der Gesetzgeber durch Schaffung dieser „leges speciales" die Strafbarkeit des extranen Teilnehmers über den Rahmen der §§ 48, 49 StGB. hinaus erweitert hat.

Es ist daher nicht möglich, aus diesen Bestimmungen auf ein allgemeines Prinzip zu schließen, daß die Teilnahme eines Extranen am Sonderdelikt im allgemeinen nicht strafbar ist, besonders, da die Bestimmungen über die Teilnahme an einzelnen Militär-

---

[64]) Frank, Anm. I. 2 zu §141.

[61a]) M. E. Mayer, Lehrbuch Allg. T. I. S. 232.

[62]) Schwarze, a. a. O. S. 135; und bezüglich der Strafbarkeit von Zivilpersonen an rein militärischen Delikten: Koppmann Weig. 159 ff; Sonanini, Die Teilnahme von Zivilisten an militärschen Verbrechen und Vergehen, 1897; Fr. Koppmann, Die Strafbarkeit der Teilnahme von Zivilpersonen an rein militärischen Delikten, 1903 62; M. E. Mayer, Vergl. Darst. B. 1, 392; Seuffert, StG. d. Ggw. 1. 78; Frank, Komm. 110.

[63]) Binding, Normen, II. S. 469; E. 56, 172; Nagler, a. a. O. S. 102; Schönfeld, Die Teilnahme von Zivilpersonen an militärischen Delikten, 1911.

delikten zu einer Zeit geschaffen wurden, als es noch kein Reichsmilitärstrafgesetzbuch gab und sie hauptsächlich der Vereinheitlichung der landesgesetzlichen Regelungen in diesen Punkten dienen sollten [65]).

Auch daraus, daß sich die im Militärstrafgesetzbuch angedrohten Strafen, besonders die Arreststrafen, mit den im Strafgesetzbuch angedrohten Strafen nicht decken, wurde herzuleiten versucht, daß der extrane Teilnehmer an einem militärischen Sonderverbrechen straflos bleiben müsse [66]).

Diese Argumentation ist jedoch nicht stichhaltig. Zwar ist es richtig, daß eine Zivilperson nicht mit der in §§ 83, 91, 99, 121, 137, 138, 140, 144, 148 MStGB. angedrohten typischen Militärstrafe des Arrestes bestraft werden kann. Hieraus ergibt sich jedoch nicht, daß Zivilpersonen, welche an einem mit Arrest bedrohten Delikt teilgenommen haben, straflos bleiben müssen. Denn die angedrohte Arreststrafe kann ohne besondere Schwierigkeit in Haftstrafe umgewandelt werden.

Dies folgt daraus, daß die Arreststrafe die mildeste militärische Freiheitsstrafe ist, wie die Haft die mildeste bürgerliche. Die Höchstdauer beider Strafen beträgt 6 Wochen. Beide Strafen sind auch nicht als besonders ehrenrührig angesehen. Da auch die Vollstreckung nicht wesentlich verschieden ist, bestehen keine Bedenken, den Zivilisten, der an einem mit Arrest bedrohten Delikt teilgenommen hat, mit Haft zu bestrafen [67]). Selbst wenn aber eine Umwandlung der Arreststrafen in eine der im Strafgesetzbuch angedrohten Strafen nicht möglich wäre, können hieraus nicht die von Rubo und Liebezeit gezogenen weitgehenden Folgerungen entnommen werden; denn bei der Konkurrenz verschiedener Gesetze gibt es häufig kleine Unstimmigkeiten, aus denen nichts weiter über den Willen des Gesetzgebers gefolgert werden kann.

1 D. Versuch, den Willen des Gesetzgebers durch Billigkeitserwägungen zu ermitteln.

Schließlich wurde versucht, den Willen des Gesetzgebers durch Billigkeitserwägungen zu ermitteln. Zweifellos sind die in einem Teil der Sonderdelikte angedrohten Strafen nicht auf die Teilnahme eines Extranen abgestimmt. Besonders bei den Amtsverbrechen ist wiederholt als Strafminimum ein Jahr Zuchthaus angedroht. Wenn nun ein Extraneus einen Beamten zur Begehung eines derartigen Deliktes mit Erfolg anstiftet, müßte er, wenn man seine Strafbarkeit bejaht, mindestens mit einem Jahr Zuchthaus bestraft werden. Dies würde eine große Härte bedeuten, denn als Nichtbeamter handelt er nicht so schuldhaft wie ein Beamter, der sich durch die Begehung eines Amtsdelikts eines besonders schweren Vertrauensbruchs schuldig macht, der in dem Strafrahmen schon berücksichtigt ist.

Im allgemeinen ist es nun das Bestreben des Gesetzgebers, die Strafe in Einklang mit der Schuld zu bringen. Dies ergibt sich insbesondere aus § 50.

---

[65]) Olshausen, Komm. Not. 10 zum 3. Abschn.; Allfeld a. a. O. S. 209; v. Liszt-Schm. § 53; Lobe, Anm. 3 zu 48; v. Bar, Gesetz und Schuld, 2. 669; Beling, Lehre v. V. 425; Schönfeld a. a. O.; a. A. hinsichtlich der Militärdelikte Frank, a. a. O. S. 110; M. E. Mayer, Vergl. Darst. A 2. 392 etc.

[66]) Rubo, MStGB. § 54, Anm. 4; Liebezeit, Goltd. A. Bd. 56, 277.

[67]) Gerland, GerS. 63, 231; Nagler, a. a. O. S. 117; Binding, N II. S. 661; Behling, Z. St. W. 24, 225; E 15, 386; 27, 160.

Daraus wird gefolgert, daß der Gesetzgeber auch bei der Teilnahme Extraner an Sonderverbrechen nur ein Ergebnis wollen kann, das mit den Grundsätzen der Gerechtigkeit vereinbar ist. Da nun in einer Reihe von Fällen die Bestrafung des extranen Teilnehmers zu Unbilligkeiten führen würde, wird hieraus geschlossen, daß der Extrane nach geltendem Recht straflos zu bleiben hat[68]).

Diese Theorie geht von der Grundlage aus, daß der Gesetzgeber eine Strafe nicht wollen kann, die nicht im Einklang mit der Schuld steht. Dieser Grundsatz ist jedoch im geltenden Strafrecht nicht verwirklicht. In einer ganzen Reihe Fälle harmoniert in ihm das Verschulden nicht mit dem angedrohten Strafrahmen; so ist es z. B. nicht verständlich, daß die Mutter, welche ihr uneheliches Kind gleich nach der Geburt tötet, selbst bei Zubilligung mildernder Umstände mit Gefängnis nicht unter 2 Jahren bestraft wird (§ 217 Abs. 2), während die Mindeststrafe für den Totschläger beim Vorliegen mildernder Umstände nach § 213 Abs. 2 StGB. nur 6 Monate Gefängnis beträgt[69]). Abgesehen davon bestehen aber auch systematische Bedenken, daraus, wie der extrane Teilnehmer bestraft werden würde, Rückschlüsse zu ziehen, ob er überhaupt bestraft werden kann[70]).

1 E. Schlüsse aus den Motiven.

In Fällen, in denen sich weder direkt noch indirekt aus dem Gesetz die Beanwortung einer Streitfrage ergibt, versucht man häufig, den Willen des Gesetzgebers aus den Motiven zu ermitteln.

Aus den Motiven läßt sich ein einheitlicher Wille des Gesetzgebers hinsichtlich unseres Problems nicht feststellen, denn bei Abfassung des Strafgesetzbuchs unterließ er es, die Strafbarkeit des extranen Teilnehmers an Amtsdelikten ausdrücklich zu bestimmen, da sie selbstverständlich sei, während er es bei Abfassung des Militärstrafgesetzbuchs unterließ, die Straflosigkeit der extranen Teilnehmer an Militärdelikten zu statuieren, weil sie ebenfalls selbstverständlich sei. Ein Grund, weshalb das eine Mal die Strafbarkeit des extranen Teilnehmers bejaht und das andere Mal verneint wird, ist dabei nicht ersichtlich[71]).

Es muß daher untersucht werden, ob die Lösung der uns interessierenden Frage aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen hergeleitet werden kann, und zwar

a) aus dem Wesen der Sonderverbrechen,
b) aus dem Wesen der Teilnahme.

II. 2. Lösungsversuche aus dem Wesen der Sonderverbrechen.

A. Die Theorien von Kohler, Koppmann und Bernhardt.

Alle drei gehen davon aus, daß das durch die Sonderverbrechen verletzte Rechtsgut nur von den Mitgliedern des besonderen Personenstandes verletzt werden kann. Als das durch die Amtsdelikte verletzte Rechtsgut sehen sie z. B. die Amtspflicht an. Diese

[68]) Herzog, Allg. Deutsche Strafr. Ztg. XII. S. 233; Hälschner, Das gem. dtsch. Strafrecht, I. 440; v. Kries, Z. St. W. Bd. 7, S. 558.

[69]) Frank, a. a. O. § 217, Anm. VI; E. 59, 8; A. A. Binding, der der unehelichen Mutter mildernde Umstände gemäß § 213 II zubilligt. Lehrbuch 1. S. 33.

[70]) Nagler, a. a. O. S. 101.

[71]) Vgl. S. 22 der Arbeit; Nagler, a. a. O. S. 91, 92.

Amtspflicht könne natürlich nur durch einen Amtsträger verletzt werden. Einem Nichtbeamten sei diese persönliche Beziehung fremd; da er sie sich auch nicht durch das Medium eines Beamten surrogieren könne, folgern sie, daß der extrane Teilnehmer an einem Sonderdelikt straflos bleibe [72]).

Diese Theorie geht also davon aus, daß das durch die Sonderverbrechen geschützte Rechtsgut nur von den durch die Sondernorm Vinkulierten verletzt werden kann. Wie aber schon zu Beginn der Arbeit ausgeführt wurde, sind die durch die Sonderverbrechen geschützten Rechtsgüter auch den Extranen zugänglich und ist insbesondere auch die Amts- und Dienstpflicht nicht das den Amts- und Militärdelikten zugrunde liegende Rechtsgut.

2. B. Die Theorie Naglers.

Nagler kommt zur Lösung unseres Problems aus dem Wesen des Sonderverbrechens heraus. Seine Lehre stellt sich etwa folgendermaßen dar.

In den Sonderverbrechen stelle der Gesetzgeber nur Gebote und Verbote für bestimmte Personengruppen auf. Hieraus scheine zunächst zu folgen, daß der Extrane weder als Täter noch als Teilnehmer an der Begehung eines Sonderverbrechens mitwirken könne.

Das leitende Prinzip fordere jedoch dieses Ergebnis nicht. Es besage nur, daß primär nur die Angehörigen des besonderen Personenkreises Adressaten der Sondernormen seien. Es bestehe aber die Möglichkeit, daß sich der Gesetzgeber mit den Sondernormen sekundär an alle Deliktfähige richte.

Denn die Verletzung des durch die Sondernorm geschützten Rechtsgutes seitens eines Extranen als Teilnehmer eines tauglichen Täters habe für die rechtliche Beurteilung einen ganz anderen Charakter, als wenn der Extrane allein den Tatbestand des Sonderverbrechens zu verwirklichen versuche, trotz des unter Umständen gleichartigen Erfolges. Falls ein tauglicher Täter (z. B. bei den Amtsdelikten ein Beamter) nicht mitgewirkt habe, liege keine Auflehnung gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot vor und es sei somit die Gehorsamspflicht des Untertanen nicht verletzt worden. Wenn aber ein tauglicher Täter mitgewirkt habe, habe dieser seine Gehorsamspflicht gegenüber dem Gesetz verletzt und der Extrane habe diese Gehorsamsverletzung unterstützt. Für diese Fälle der Unterstützung fremden Ungehorsams habe der Gesetzgeber neben der primären eine sekundäre Gehorsamspflicht statuiert. Denn der Gesetzgeber müsse logischerweise verlangen, daß die Unverletzlichkeit seiner Gesetze von allen respektiert werde.

Dieser Wille des Gesetzgebers ergebe sich auch aus folgender Ueberlegung. Der Angriff, den ein Extraneus für sich allein unternehme, sei normalerweise für die Rechtsordnung irrelevant, weil er das durch die Sondernorm geschützte Rechtsgut nicht zu treffen imstande sei. Ganz anders verhalte es sich aber, wenn er den Angriff im Vereine mit einem Vinkulierten (z. B. einem Beamten) vornehme. Dann sei die Schranke,

---

[72]) Kohler, Studien I. S. 134; Koppmann, Strafbarkeit der Teilnahme von Zivilpersonen an rein militärischen Delikten; Bernhardt, Einfluß von persönlichen Verhältnissen auf die Strafbarkeit, Bresl. Diss. S. 4.

welche das geschützte Rechtsgut für ihn bisher unerreichbar gemacht habe, weggefallen. Das Rechtsgut sei damit auch ihm zugänglich geworden.

Diesem Angriff könne die Rechtsordnung nicht mehr untätig gegenüberstehen. Sie müsse vielmehr im Interesse des Rechtsgüterschutzes und im Interesse des Staatswohles auch die Willensbetätigung verbieten, welche einen derartigen geeigneten Angriff auf das geschützte Rechtsgut enthalte [73]). Nagler geht also davon aus, daß jede Sondernorm sekundär alle Deliktsfähige verpflichtet, sich jedes tauglichen Angriffs gegen das strafrechtlich geschütze Rechtsgut zu enthalten. Daraus folgert er, daß der Extrane, soweit er den verbrecherischen Erfolg eines Sonderdelikts mitbewirken und mitverursachen könne, durch die verpflichtende Vorschrift der Sondernorm mitverfangen sei und daher auch als Teilnehmer bestraft werden könne.

2 C. Kritik der Theorie Naglers.

Naglers Theorie von der sekundären Norm hat eine umfangreiche Kritik hervorgerufen.

Oetker betont in seiner Besprechung des Werkes Naglers, daß dessen Theorie eine Lücke in der Begründung aufweise. Die allgemeine sekundäre Gehorsamspflicht könne nicht unmittelbar aus der Norm für den Vinkulierten, sondern nur aus der Erweiterung dieser Norm in sachlicher und persönlicher Hinsicht durch das allgemeine Verbot der Anstiftung und Beihilfe zu einem Sonderverbrechen, das sich auch an Extrane richte, hergeleitet werden.

Denn die Schutzwürdigkeit der durch die Sonderdelikte geschützten Rechtsgüter gegen Angriffe extraner Teilnehmer liefere bestenfalls die Legitimation für die Annahme, daß sich nach dem Willen des Gesetzgebers das allgemeine Teilnahmeverbot auch auf die Teilnahme Extraner an Sonderverbrechen erstrecke, eine tatsächliche Erweiterung könne aber hieraus nicht gefolgert werden [74]).

Ähnlich v. Liszt, der die Lehre Naglers für methodisch falsch erklärt [75]), und andere Schriftsteller, die bei Nagler den Nachweis der sekundären Norm vermissen [76]).

Der prinzipielle Fehler Naglers liegt, wie Oetker mit Recht ausführt, darin, daß Nagler aus dem Wesen der Sonderverbrechen einen Beweis zu erbringen versucht, den er auf diesem Weg nicht erbringen kann.

Aus dem Wesen der Sonderverbrechen kann sich nur ergeben, daß mit ihm die Bestrafung die des extranen Teilnehmers eines Sonderverbrechens vereinbar oder unvereinbar ist. Den Nachweis, daß die Bestrafung des Extranen mit ihm vereinbar ist, hat nun Nagler erbracht. Weder aus der Natur der durch die Sondernormen geschützten Rechtsgüter noch aus rechtspolitischen Gründen erheben sich gegen seine Bestrafung Bedenken. Im Gegenteil führt Nagler mit Recht aus, daß die Bestrafung des extranen Teilnehmers an Sonderverbrechen erwünscht ist.

---

[73]) Nagler, a. a. O. S. 113 ff.
[74]) Oetker, GerS. 68, 305 f.
[75]) v. Liszt, Lehrb. 23. A. S. 215;
[76]) Beling, Lehre vom Verbr. S. 425; Schütze, Teilnahme, S. 212, 299; Höpfner, Z. St. W. 26, 481; Herzog, D. Str. Z. 12, 234; Holz, Gottd. A. 53, 206; M. E. Mayer, Z. St. W. 28, S. 270.

Weitere Folgerungen können aber aus dem Wesen der Sonderverbrechen nicht gezogen werden. Insbesondere kann sich aus ihm nicht ergeben, daß bei den Sonderverbrechen der Kreis der tauglichen Teilnehmer über den Kreis der tauglichen Täter hinaus erweitert ist. Eine derartige Erweiterung kann sich vielmehr nur aus dem Wesen der Teilnahme ergeben.

Nagler muß daher, um zu dem von ihm gewünschten Ergebnis zu kommen, mit der Unterstellung arbeiten, daß jeder, der ein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut wirksam angreift, nach dem Willen des Gesetzgebers bestraft werden muß. Aus diesem Obersatz kann er dann seine sekundäre Gehorsamsnorm herleiten.

Indem Nagler einen derartigen Obersatz aufgestellt hat, hat er aber den Weg exakter Rechtsauslegung verlassen und hat rechtsschöpferisch eine Lücke, welche sich nach seiner Ansicht im geltenden Strafrecht befindet, ausgefüllt.

III. 3. Lösungsversuche aus dem Wesen der Teilnahme.

A. Aus der akzessorischen Natur der Teilnahme.

Zunächst wird versucht, aus der akzessorischen Natur der Teilnahme heraus den Beweis zuführen, daß sich der Teilnehmer am Sonderverbrechen auch dann strafbar macht, wenn er die Täterqualifikation nicht hat.

So führt das Reichsgericht in E. 14, 103 aus:

> Der Anstifter wird lediglich als Teilnehmer der von einem anderen begangenen strafbaren Handlung angesehen und deshalb der Anstiftung wie der Beihilfe im Verhältnis zur Handlung des Täters nur ein akzessorischer Charakter verliehen . . . . Eine Konsequenz dieser akzessorischen Natur der Anstiftung im Gegensatz zum maßgeblichen Einfluß der Handlung des Täters ist die Möglichkeit der Anstiftung bei dem sog. delictum proprium.

Alle Anhänger dieser Theorie gehen davon aus, daß aus der akzessorischen Natur der Teilnahme folgt, daß die Teilnahmehandlung keine Selbständigkeit besitze, sondern ihre strafrechtliche Bedeutsamkeit allein aus der Täterhandlung ziehe.

Sei aber die Täterhandlung erst zur Erscheinung gekommen, so sei die rechtliche Voraussetzung für die Mitwirkung aller Deliktsfähiger gegeben, denn die persönlichen Tatumstände der Täterhandlung wirkten absolut.

Dies ergebe sich insbesondere daraus, daß es für die Strafbarkeit des Teilnehmers, wenn eine Täterhandlung vorliege, nicht erforderlich sei, daß er den Tatbestand des Deliktes, sei es auch nur zum Teil, verwirklicht habe. Ein derartiger Mangel im Tatbestand berühre die Strafbarkeit des Teilnehmers nicht. Daher könne es auch seine Strafbarkeit nicht berühren, wenn er dem Personenkreis nicht angehöre, den der Tatbestand der Sonderverbrechen für den Täter erfordere [77]). Dieser Versuch scheitert daran, daß aus der akzessorischen Natur der Teilnahme derartige weitgehende Folgerungen nicht gezogen werden können. Wie schon zu Beginn der Arbeit (S. 15 ff) ausgeführt wurde, konnte der Gesetzgeber aus rein logischen Gründen die Anstiftung und

---

[77]) Hälschner, gem. deutsch. Strafr. S. 439; Meyer-Allf. Lehrb. 8. A. S. 208; Birkmeyer, Lehre von der Teilnahme, S. 170; Ortmann, Goltd. A. 22, S. 392; Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 425; Geyer, Holtzendorffs Handb. II. S. 365 ff.

Beihilfe neben der Mittäterschaft nur dann beibehalten, wenn er sie akzessorisch gestaltete, da auch die Teilnehmer eine Bedingung zu dem strafrechtlichen Erfolg setzen.

Durch die nähere Ausgestaltung der Akzessorietät der Teilnahme wird aber nur geregelt, welche Voraussetzungen auf Seiten des Täters gegeben sein müssen, damit eine strafrechtlich erhebliche Teilnahme vorliegen kann, nicht aber, welche Voraussetzungen auf Seiten des Teilnehmers vorliegen müssen, damit dieser bestraft werden kann.

Bei der Frage, ob der extrane Teilnehmer an einem Sonderdelikt bestraft werden kann, handelt es sich aber um einen Streit über Strafbarkeitsvoraussetzungen auf Seiten der Teilnehmer [78]).

3. B. Höpfners Theorie.

Einige Schriftsteller, deren bedeutendster Höpfner ist, kommen zu einer Lösung der Frage, ob der extrane Teilnehmer am Sonderverbrechen sich strafbar macht, auf Grund eines Teilnahmebegriffs, der von dem herrschenden abweicht.

Höpfner wendet sich gegen die akzessorische Natur der Teilnahme.

Er führt aus: Es sei nicht denkbar, daß ein strafrechtlich indifferentes Handeln durch den späteren Eintritt eines Ereignisses zu einem strafbaren werde, sofern man nicht ein bedingt strafrechtliches Handeln als strafrechtlich irrelevant bezeichne [79]).

Es sei ferner nicht möglich, dem Anstifter A das strafbare Handeln des B als Erfolg seiner Handlung zuzurechnen, denn A könne für die Handlung des B höchstens dann verantwortlich gemacht werden, wenn seine Teilnahmehandlung nicht rechtlich indifferent, sondern verboten gewesen sei. Sie müsse auch mit Strafe bedroht gewesen sein, wenn auch unter der Bedingung der Existenz einer Haupttat [80]).

Die Teilnahmehandlungen seien also selbständige Delikte, die als tatbestandsmäßige, rechtswidrige, schuldhafte Handlungen auch selbständigen Strafdrohungen unterständen Sie unterscheiden sich daher von anderen Delikten nur dadurch, daß ihre Strafbarkeit durch das Vorliegen einer Täterhandlung bedingt und ihr Strafrahmen von dem der Täterhandlung abhängig sei [81]).

Es komme daher auch für die Deliktsnatur der Teilnahme nicht darauf an, ob die Teilnahmehandlung zur Begehung eines Gemein- oder eines Sonderverbrechens geleistet worden sei. Es sei deshalb auch unerheblich, ob der Teilnehmer das Delikt, das er verwirklichen helfe, in Täterschaft begehen könne oder nicht. Daraus folge, daß die Teilnahme des Extranen am Sonderdelikt strafbar sei.

---

[78]) Nagler, a. a. O. S. 110; Binding, GerS. 76, 98; der erklärt, daß ein häßlicher Mißbrauch mit der akzessorischen Natur der Teilnahme getrieben werde; Olshausen, 10. A. S. 206; M. E. Mayer, a. a. O. S. 232; v. Bar, Gesetz und Schuld II. S. 667; Schütze, Lehrb. S. 526; Baumbach, a. a. O. S. 47; v. Bissing, Lehre von der akzessorischen Natur der Teilnahmehandlungen Würzb. Diss. 08, S. 24.

[79]) Z. St. W. 26, 579, ff. 27, 465 ff.

[80]) Höpfner, Z. St. W. 26, 585.

[81]) Höpfner, Z. St. W. 26, 620.

Mit ähnlicher Begründung kommen auch Schwalbach, (GerS. 31, 614) und Baumbach (Das Wesen des Sonderverbrechers, S. 31) zur Bejahung der Strafbarkeit des extranen Teilnehmers.

Diese Theorien gehen von einer unrichtigen Grundlage aus, denn es gibt keine selbständigen, wenn auch bedingte, Teilnahmedelikte, sondern die Teilnahmehandlungen sind unselbständige abhängige Erweiterungen der einzelnen Verbrechenstatbestände. Die Tätigkeit des Teilnehmers ist nicht schon als solche verbrecherisch, sondern nur deshalb, weil sie die Haupttat verwirklichen hilft. Sie ist nur als Erscheinungsform der Haupttat strafwürdig. Man kann daher auch nicht von einer bedingten Strafbarkeit der Teilnahme sprechen, und es ist auch unrichtig, hierin das Wesen ihrer akzessorischen Natur zu suchen. Denn die Teilnahmehandlung ist nicht bedingt strafbar, sondern die Existenz der Teilnahme ist bedingt, und in dieser Bedingtheit ist nach der herrschenden Ansicht die akzessorische Natur der Teilnahme begründet [82]).

3. C. Die Theorie Belings.

Beling geht in seiner Theorie davon aus, daß die Teilnahmeformen eine Ausdehnung und Erweiterung der Verbrechenstatbestände bedeute.

Neben den eigentlichen Tatbestand, der die dominierenden Elemente enthalte, trete eine Außenzone mit sekundären Elementen, die mit dem eigentlichen Tatbestand zusammen den weiteren Tatbestand bilde [83]).

Die Teilnahmehandlung, die sich an eine selbständige tatbestandsmäßige rechtswidrige schuldhafte Tat ankristallisiere, müsse auch Verbrechen sein. Da die Teilnahmehandlung aber nicht Ausführungshandlung sei, so erleide das Erfordernis der Tatbestandsmäßigkeit eine Modifikation. Gerade darin, daß die Teilnahme lediglich als Vorbereitungs- bezw. Seitenhandlung zu dem vom Haupttäter realisierten Tatbestandskern hinzukomme, liege die „Erscheinungsform" der akzessorischen Teilnahme begründet. Ein Mangel am Tatbestand berühre das Teilnahmeverhältnis in keinem Punkt. Vor allem hieraus sei der Schluß herzuleiten, daß, wo der Tatbestand für den Täter die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Personenkreis fordere, der Teilnehmer diesem nicht anzugehören brauche [84]).

Die Rechtswidrigkeit der Teilnahme folge ohne weiteres aus dem Gesetz. Wer zu einem fremden Verbrechen oder Vergehen Teilnahme leiste, befinde sich ohne weiteres im Unrecht, da er zu fremdem rechtswidrigem Tun ein Scherflein beitrage [85]).

Beling stützt sich also hauptsächlich darauf, daß durch die Teilnahmeformen die Deliktstatbestände erweitert sind. Daraus folgert er, daß bei den Sonderdelikten der Kreis der tauglichen Teilnehmer über den Kreis der tauglichen Täter hinaus auf

---

[82]) Merkel, Konkurrenz, vergl. Darst. A. V. Ba. S. 271; Birkmeyer, Lehre von der Teilnahme, S. 144 ff; vergl. Darst. A. Bd. 2, S. 54, 55; Beling, Lehre vom Verbr. S. 416 ff; Germann, Die Bestimmungen über die Teilnahme, 1923, S. 45 ff; Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, 1928, S. 122 ff; Z. St. W. Bd. 49, 39 ff.
[83]) Beling, Lehre vom Verbr. S. 246.
[84]) Beling, Lehre vom Verbr. S. 416.
[85]) Beling, a. a. O. S. 420.

alle Deliktsfähige erweitert sein kann. Bis zu diesem Punkt kann man Beling m. E. unbedenklich folgen (vgl. auch Höpfner, ZStW. 27. 474).

Aus der akzessorischen Natur der Teilnahme und der Fassung der §§ 48, 49 StGB. aus der er entnimmt, daß nach dem Willen des Gesetzgebers jeder rechtswidrig handelt, der fremdes rechtswidriges Verhalten unterstützt, leitet nun Beling her, daß im geltenden Strafrecht diese Erweiterung des Kreises der tauglichen Teilnehmer am Sonderverbrechen vorgenommen worden ist.

Dieser Schluß ist jedoch nicht gerechtfertigt. Wie wir schon ausgeführt haben, kann aus der akzessorischen Natur der Teilnahme nichts für die Frage hergeleitet werden, ob der extrane Teilnehmer am Sonderverbrechen zu bestrafen ist, und auch aus §§ 48, 49 StGB. läßt sich das von Beling festgestellte Prinzip nicht mit Sicherheit herleiten.

III. 4. Eigene Auffassung.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß das Strafgesetzbuch in unserer Frage eine Lücke enthält.

Nach dem Wortlaut der §§ 48 und 49 StGB. könnte man zwar annehmen, daß auch der extrane Teilnehmer an einem Sonderverbrechen wegen Anstiftung bestraft werden kann, da er in einem tauglichen Täter den Entschluß zur Begehung eines Sonderverbrechens hervorrufen oder demselben bei der Begehung durch Rat und Tat Hilfe leisten kann, ohne selbst zu dem durch die Sondernorm vinkulierten Personenkreis zu gehören.

Weder aus dem Wesen der Sonderverbrechen, insbesondere aus dem durch die Sondernorm geschützten Rechtsgut, noch aus dem Wesen der Teilnahme lassen sich nun Bedenken gegen diese Annahme herleiten. Das durch die Sondernormen geschützte Rechtsgut ist dergestalt, daß es auch durch Extrane verletzt werden kann und da durch die Teilnahmebestimmungen der Kreis der strafbaren Handlungen und der strafbaren Personen erweitert worden ist, ist es nicht unmöglich, daß auch der Kreis der tauglichen Teilnehmer am Sonderverbrechen über den Kreis der tauglichen Täter hinaus erweitert worden ist.

Es läßt sich aber der exakte Beweis nicht führen, daß der Gesetzgeber durch die §§ 48, 49 StGB. den Kreis der tauglichen Teilnehmer an den Sonderverbrechen auf alle Deliktsfähige erweitern wollte und erweitert hat. Denn in diesen Bestimmungen hat der Gesetzgeber in erster Linie die Fragen zu regeln gehabt, was Teilnahme ist und wie sie zu bestrafen ist.

Wenn nun der Gesetzgeber in diesen Bestimmungen gleichzeitig regeln wollte, wer Anstifter und Gehilfe sein kann, hätte er dies m. E. klar zum Ausdruck bringen müssen.

Mit Rücksicht darauf, daß es rechtspolitisch erwünscht ist, daß jeder, der bewußt und schuldhaft fremdes strafbares Tun veranlaßt oder unterstützt hat, bestraft werden kann, muß man sich aber über diese Bedenken hinwegsetzen und annehmen daß der Gesetzgeber in §§ 48 und 49 auch den Kreis der tauglichen Teilnehmer dergestalt bestimmt hat, daß an allen Delikten alle Deliktsfähige teilnehmen können.

Hieraus folgt:

Als Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe) eines Sonderverbrechens kann auch derjenige bestraft werden, der dasselbe nicht in Täterschaft begehen kann.

Die unangenehme Folge, daß dann auf den extranen Anstifter der Strafrahmen des Täters Anwendung findet und er mit Mindeststrafen bedacht werden muß, die nicht immer seinem Verschulden entsprechen, muß dabei in Kauf genommen werden.

§ 6.

IV. Besondere Schwierigkeiten bei der Teilnahme am Sonderverbrechen.

Wenn man davon ausgeht, daß der extrane Teilnehmer am Sonderverbrechen bestraft werden kann, ergeben sich nur dadurch besondere Schwierigkeiten, daß der Extraneus weder Täter noch Mittäter und mittelbarer Täter eines Sonderverbrechens sein kann, selbst wenn er mit einem tauglichen Täter zusammengewirkt und den Tätervorsatz gehabt hat.

Es muß daher untersucht werden, welchen Einfluß es auf die Strafbarkeit des Extranen und des mitwirkenden tauglichen Täters z. B. eines Beamten hat:

a) wenn sie mit dem animus auctoris zusammen den Tatbestand eines Amtsdelikts verwirklichen;

b) wenn sich der Nichtbeamte eines nicht vorsätzlich schuldhaft handelnden Beamten bedient und so den objektiven Tatbestand eines Sonderverbrechens verwirklicht;

c) wenn ein Beamter einen schuldhaft handelnden Nichtbeamten veranlaßt, eine ihm durch ein Amtsdelikt verbotene Handlung vorzunehmen.

Zu a) Wie schon auf Seite 20 ausgeführt wurde, kann der Extrane, welcher mit dem animus auctoris den Tatbestand eines Sonderdelikts verwirklichen half, als Gehilfe bestraft werden, da in dem Tätervorsatz der Gehilfenvorsatz als „minus" enthalten ist. Auf die Strafbarkeit des Beamten hat der Umstand, daß der Nichtbeamte nicht als Täter bestraft werden kann, keinen Einfluß. Der Irrtum, daß er glaubte, das Delikt in Mittäterschaft zu begehen, während er es in Alleintäterschaft beging, ist unbeachtlich.

Zu b) Diese Frage wurde schon auf Seite 23 und 24 behandelt. Der Nichtbeamte muß in diesem Fall straflos bleiben; weil es an einer Haupttat fehlt, kann er nicht als Teilnehmer bestraft werden und weil ihm die Täterqualifikation fehlt und er sich dieselbe auch nicht dadurch surrogieren kann, daß er sich eines tauglichen Täters als Werkzeug bedient, kann er nicht als Täter bestraft werden.

Zu c) Der Fall, daß sich ein Beamter eines Nichtbeamten als Werkzeug bei der Verwirklichung des Tatbestands eines Amtsdelikts bedient, bietet keine Schwierigkeiten. In diesem Fall kann der Beamte unbedenklich als mittelbarer Täter bestraft werden.

Große Schwierigkeiten bereiten dagegen die Fälle, in denen sich der Beamte eines vorsätzlich schuldhaft handelnden Nichtbeamten als Werkzeug bei der Begehung eines Amtsdelikts bedient. Z. B. ein Beamter läßt eine

Falschbeurkundung durch einen schuldhaft handelnden Nichtbeamten vornehmen, oder der Lehrer A duldet oder veranlaßt sogar, daß der Nichtlehrer B mit der 12jährigen Schülerin des A unzüchtige Handlungen vornimmt.

In den meisten derartigen Fällen wird man, wenn man auf dem Boden der subjektiven Teilnahmetheorie steht, den Beamten als unmittelbaren Täter ansehen können, falls dies jedoch nicht möglich ist, können der Beamte und der Nichtbeamte nur dann bestraft werden, wenn man den Beamten als mittelbaren Täter ansehen kann. Nach der herrschenden Theorie ist unmittelbarer Täter, wer vorsätzlich veranlaßt, daß eine Straftat durch einen Anderen zur Ausführung gelangt, der diese Tat nicht selbst vorsätzlich begeht oder nicht zurechnungsfähig ist[86]). Geht man von dieser Theorie aus, so läßt es sich kaum vermeiden, in diesen Fällen zu einer Straflosigkeit des Beamten und des Nichtbeamten zu kommen, denn der Beamte kann nicht mittelbarer Täter sein, weil der Nichtbeamte vorsätzlich gehandelt hat und der Nichtbeamte kann nicht Täter sein, weil ihm die Täterqualifikation fehlt.

Zu einem anderen Ergebnis kann man nur kommen, wenn man auch bei der mittelbaren Täterschaft dem Umstand, daß der Extraneus trotz vorsätzlichen Handelns nicht Täter sein kann, Rechnung trägt, und annimmt, daß der Extraneus wegen seiner mangelnden Tätereigenschaft auch nicht den vollen Deliktsvorsatz haben kann[87]). Diese Auffassung des „vorsätzlichen Handelns" bei der mittelbaren Täterschaft führt auf einem gangbaren Weg zu befriedigenden Ergebnissen. Damit ist meines Erachtens auch die Richtigkeit dieser Auffassung bewiesen, denn der Begriff der mittelbaren Täterschaft, der bei der Abfassung des Strafgesetzbuchs noch so wenig durchdacht war, daß der Gesetzgeber davon Abstand nahm, ihn gesetzlich festzulegen, ist immer noch so flüssig, daß bei der Entscheidung, ob mittelbare Täterschaft vorliegt oder nicht, in erster Linie rechtspolitische Erwägungen und nicht logische Deduktionen maßgebend sind[88]).

Bei der Teilnahme am Sonderverbrechen bereitet aber nicht nur die Konstruktion der mittelbaren Täterschaft durch doloses Werkzeug, sondern auch die Abgrenzung der mittelbaren Täterschaft gegenüber der Teilnahme große Schwierigkeiten.

Bei strenger Durchführung der subjektiven Theorie könnte man in all den Fällen, in denen z. B. ein Beamter und ein Nichtbeamter den Tatbestand eines Amtsdelikts gemeinsam verwirklicht haben, die Beteiligten

[86]) E. 62, 369 (390); und die Literatur, Note 23.

[87]) Wegner, Reform II, 114/5; v. Liszt-Schmidt, § 50; Frank, Komm. S. 108; vgl. zu dem Problem: Flegenheimer, Das Probelm des dolosen Werkzeugs, S. 68 ff; Wachenfeld, Z. St. W. 40, 332; Klee, Goltd. A. 67, 104; Beling, Grundzüge des Str. 1930, 94; a. A. P. Wolf, Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft, 1927, S. 52 f. Wolf bejaht mittelbare Täterschaft in allen Fällen, in denen der Vormann weniger schuldhaft erscheint, als der Nachmann. Ihm macht die Begründung der mittelbaren Täterschaft des tauglichen Täters in diesen Fällen keine Schwierigkeit.

[88]) Frank, Komm. S. 108.

nur dann bestrafen, wenn der Beamte bei der Ausführung den „animus auctoris" hatte und müßte sie freisprechen, wenn der Beamte nur den „animus socii" hatte, da es dann an einem Täter und einer Haupttat fehlt.

Aber auch die Anhänger der objektiven Theorie kommen bei der Begründung der Täterschaft des Beamten immer dann in Schwierigkeiten, wenn nicht der Beamte, sondern der Nichtbeamte das Amtsdelikt verursacht hat.

In diesen Fällen wird, abweichend von den sonst maßgebenden Regeln, angenommen, daß der Beamte immer dann, wenn er die Verwirklichung des Tatbestands eines Amtsdelikts veranlaßt hat, als Täter anzusehen ist[89]). Dieses Ergebnis läßt sich nur rechtspolitisch begründen. Es besteht also auch hier im geltenden Recht eine Lücke, die nur durch den Gesetzgeber in befriedigender Weise geschlossen werden kann[90]).

II. Teil.

Die Teilnahme am Sonderverbrechen nach den Entwürfen zu einem neuen Deutschen Strafgesetzbuch.

1. Abschnitt.

§ 7.

Allgemeines über die Regelung der Teilnahme in den Entwürfen.

Sämtliche amtlichen Entwürfe enthalten Sonderverbrechenstatbestände. Insbesondere haben sie alle die Amtsdelikte beibehalten und gegenüber dem geltenden Recht sogar noch erweitert. Auch das Wesen der Sonderverbrechen ist in ihnen gegenüber dem geltenden Recht nicht verändert.

Alle Entwürfe haben auch davon Abstand genommen, den Unterschied zwischen Täterschaft und Teilnahme fallen zu lassen, wie dies von einer Reihe von Schriftstellern gefordert wurde[91]). Die Beibehaltung der Teilnahmebegriffe des geltenden Rechts wird

---

[89]) Kern, GerS. 92, S. 161; Frank, Komm. S. 108; vgl. auch Wachenfeld, Z. St. W. 40, 332; Flegenheimer, doloses Werkz. 68; Wolf, Betrachtungen, S. 77.
[90]) Frank, Komm. S. 108.
[91]) Traeger, J. W. 1922, S. 970; Kitzinger, J. W. 1922, S. 979; v. Lilienthal, Z. St. W. 15, 287; Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, München 03, S. 54 ff; Gerland, zu E. 25 S. 976; Getz, MIKV Bd. V. S. 353.

zutreffend damit begründet, daß sie keine juristischen Erfindungen seien, sondern der geschichtlichen Entwicklung und der Volksauffassung entsprächen [92]). Im übrigen ist die Teilnahme gegenüber dem geltenden Recht wesentlich verändert.

2. Abschnitt.

§ 8.

Der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Berlin 1909.

Der von der hierzu bestellten Sachverständigenkommission bearbeitete Entwurf 1909 hat die Teilnahme in §§ 78—80 geregelt. Er hat die Anstiftungs- und Beihilfebegriffe des geltenden Rechts sachlich unverändert beibehalten und ist nur insofern von dem RStGB. abgewichen, als er die Teilnahme limitiert akzessorisch gestaltet hat, d. h. die Strafbarkeit der Teilnahme nur davon abhängig gemacht hat, daß der Haupttäter den gesetzlichen Deliktstatbestand objektiv rechtswidrig erfüllt [93]).

Im § 80 hat der V. E. den 50 StGB. sachlich unverändert übernommen und nur in der Formulierung der von Theorie und Praxis geübten Behandlung der persönlichen Strafausschließungsgründe angepaßt [94]). Zu der Frage, ob der extrane Teilnehmer am Sonderverbrechen strafbar ist und wie die mittelbare Täterschaft bei den Sonderdelikten abzugrenzen ist, hat der V. E. nicht Stellung genommen, so daß sich im V. E. dieselben Lücken befinden, wie im geltenden Recht [95]).

3. Abschnitt.

Der Entwurf 1913 und der Entwurf 1919.

§ 9.

I. Die Bestimmungen über die Teilnahme.

Eine besondere Kommission hatte 1911 den Auftrag erhalten, den Vorentwurf durchzuarbeiten und zum Regierungsentwurf umzugestalten. Die Tätigkeit der Kommission war 1913 beendet. Die Veröffentlichung des durch die Kommission bearbeiteten Entwurfs verzögerte sich durch den Krieg. Nach dem Krieg hatten sich die Verhältnisse in wesentlichen Punkten verändert, so daß der Kommissionsentwurf einer erneuten Bearbeitung unterzogen werden mußte, wobei die Grundlagen des Kommissionsentwurfs nach Möglichkeit beibehalten wurden. Das Ergebnis dieser Ueberarbeitung ist der Entwurf von 1919, der 1920 mit einer Denkschrift veröffentlicht wurde [96]).

---

[92]) Begründung zum E. 19, S. 3, 309, 639; Bumke, Die neuen Strafg. E. in DJZ, 1921, 13; Entschließung der Bamberger Herbsttagung der Deutschen Strafrechtl. Gesellschaft vom 30. 10. 26, GerS. Bd. 92, Beling, Lehre v. Verbr. S. 454; M, E, Mayer, Versuch und Teilnahme bei Aschrott-v. Liszt I. 363;

[93]) Mittermaier, Z. St. W. 30, 629; M. E. Mayer, Lehrb. S. 390; Kern, GerS. 92, S. 129.

[94]) Begründung zum V. E. S. 321; E. 14, 102 ff.

[95]) Hippel, Z. St. W. 42, 540; Köhler, Studien zum V. E. S. 37.

[96]) Bumke, DJZ 1921, S. 16; Kahl, DJZ 1921, S. 145.

Die Teilnahme ist in §§ 35—37 des K. E. und in §§ 28—30 des E. 19 geregelt. Beide Entwürfe haben die Teilnahme limitiert akzessorisch gestaltet, indem sie ausdrücklich anordneten, daß weder bei Anstiftung noch bei Beihilfe die Bestrafung des Teilnehmers davon abhängig ist, ob der Täter schuldhaft gehandelt hat.

Damit ist der Wille der Kommission klar zum Ausdruck gekommen, der in dem Sitzungsprotokoll vom 10. 10. 1911 wie folgt festgelegt wurde:

> Der Vorsitzende stellt als Wille der Kommission fest, daß es für die Strafbarkeit der Teilnehmer genügen solle, wenn durch die Haupthandlung der objektive Tatbestand einer strafbaren Handlung gesetzt sei, daß aber andererseits die Strafbarkeit des Teilnehmers entfalle, wenn der Haupttat die objektive Rechtswidrigkeit fehle.
>
> Sitzungsprotokoll der 54. Sitzung, S. 3.

Im übrigen haben sich beide Entwürfe bei der Definition der Täterschaft, der Mittäterschaft, der Anstiftung und der Beihilfe inhaltlich stark an das geltende Recht angelehnt, wenn auch der Wortlaut verändert ist; bei der Definition der mittelbaren Täterschaft wurde der von der Rechtsprechung entwickelte Begriff sachlich unverändert übernommen [97]).

Hinsichtlich der Trennung zwischen Täterschaft und Teilnahme hat sich der Gesetzgeber in den Entwürfen für die subjektive Theorie entschieden. Dies ergibt sich insbesondere aus der Definition der Mittäterschaft, wonach Mittäter ist, wer den Vorsatz, eine Straftat gemeinsam zu begehen, vorsätzlich verwirklicht, § 27 Abs. 1, E. 19. Auch aus der Bestimmung, daß Anstiftung auch dann vorliegt, wenn der Angestiftete entgegen der Annahme des Anstifters nicht vorsätzlich gehandelt hat oder unzurechnungsfähig war, ergibt sich, daß die Entwürfe alles auf den Vorsatz der Teilnehmer abgestellt haben [98]). Bezüglich der Abgrenzung der Täterschaft von der Teilnahme bei den Sonderdelikten, insbesondere bezüglich der mittelbaren Täterschaft durch doloses Werkzeug, enthalten beide Entwürfe keine besondere Regelung.

§ 10.

II. Bestimmungen über die Teilnahme am Sonderverbrechen.

Hinsichtlich der Teilnahme am Sonderverbrechen enthalten beide Entwürfe eine besondere Bestimmung.

Diese Frage wurde in den Kommissionssitzungen vom 12. 4. und 16. 10. 1911, 11. 3. und 15. 7. 1912 beraten. Da sich die Kommission in den ersten Sitzungen über die Entscheidung nicht einig werden konnte, beauftragte sie eine Unterkommission mit der Prüfung dieser Frage, die in der Sitzung vom 15. 7. 1912 folgende gesetzliche Regelung vorschlug:

---

[97]) Wach, D. Str. Z. 1921, S. 67.

[98]) Kahl, Z. St. W. 42, 213; Ebermayer, J. W. 1921, S. 367; Graf Dohna, J. W. 1921, S. 368 ff; Kern, Ger.S. 92, S.. 125 ff; Mezger, D. Str. Z. 1921, S. 207; Gerland, Kritische Bemerkungen z. E. 19, 30 ff, wobei die letzten 2 allerdings die subjektive Theorie für undurchführbar halten.

Als § 36 Abs. 3 ist aufzunehmen:

„Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafbarkeit begründen, so gilt dies nicht für den Anstifter oder Gehilfen. Doch kann die Strafe für den Anstifter nach den Vorschriften des § 21 Abs. 3 und 4 gemildert werden."

Protokoll der 154. Sitzung, S. 19; Koepnick a. a. O. S. 105.

Dieser Vorschlag der Unterkommission wurde abgelehnt, dagegen wurde folgender Vorschlag angenommen:

„Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafbarkeit begründen, so ist der Anstifter und Gehilfe auch dann strafbar, wenn diese Umstände in seiner Person nicht vorliegen. Doch kann die Strafe des Anstifters in diesem Fall . . . gemildert werden."

In der gleichen Sitzung wurde vorgeschlagen, neben dem Anstifter und Gehilfen auch den mittelbaren Täter zu nennen. Dieser Vorschlag wurde ebenfalls angenommen [99]). Die Teilnahme am Sonderverbrechen ist dann in beiden Entwürfen entsprechend den Beschlüssen der Kommission geregelt worden. (§ 37 K. E., § 30 E. 19).

§ 11.

III. Kritik der Entwürfe 1913 und 1919.

Die Regelung der Teilnahme und der Teilnahme am Sonderverbrechen bedeutet gegenüber dem geltenden Recht zweifellos einen wesentlichen Fortschritt.

Zunächst sind die Lücken, welche im geltenden Recht hinsichtlich der Teilnahme bestehen, geschlossen.

Der Begriff der mittelbaren Täterschaft, wie ihn die Rechtsprechung und die Lehre entwickelt hat und die Trennung, welche die Rechtsprechung zwischen Täterschaft und Teilnahme auf subjektiver Grundlage vorgenommen hat, sind legalisiert worden. Endlich hat der Entwurf auch in Uebereinstimmung mit dem Vorentwurf die Strafbarkeit des Teilnehmers unabhängig davon gemacht, ob der Haupttäter den objektiven Deliktstatbestand auch schuldhaft verwirklicht hat.

Da sich die Strafrechtskommission darauf beschränkt hat, bei den Teilnahmebestimmungen des geltenden Rechts nur das zu ändern, was sich als änderungsbedürftig herausgestellt hatte, ist die Regelung der Teilnahme in den Entwürfen 13 und 19 sehr befriedigend ausgefallen [100]).

Auch die Regelung der Teilnahme am Sonderverbrechen ist im allgemeinen glücklich. Indem die Entwürfe ausdrücklich anordneten, daß auch der extrane Teilnehmer am Sonderverbrechen strafbar sei, sanktionierten sie den Standpunkt, den Literatur und Rechtsprechung ohne ausreichende gesetzliche Grundlage eingenommen hatten.

Mit der Ermäßigung des Strafrahmens für den extranen Anstifter haben die Entwürfe auch die Möglichkeit gegeben, die Strafe des extranen Anstifters dessen Verschulden

[99]) v. Hippel, Z. St. W. Bd. 42, S. 539; Ebermayer, der E. 19 in J. W. 21, S. 23; Protokoll der 223. Sitzung der 2. Lesung vom 13. 3. 1913, S. 3.

[100]) Besprechung und Entschließungen der Bamberger Herbsttagung der Deutschen Strafrechtlichen Gesellschaft vom 30. 10. 1926, GerS. Bd. 62, deren Ergebnis Prof. Schmidt bei der Aussprache dahin zusammenfaßte: „Zurück zum Entwurf 1919"..

anzupassen, womit sie einem dringenden Bedürfnis Rechnung getragen haben [101]). Bedenklich ist nur die Bestimmung des § 30 Abs. 1, daß auch der mittelbare Täter eines Sonderdelikts strafbar ist, wenn bei ihm die besonderen, die Strafbarkeit begründenden Umstände nicht vorliegen.

Diese Bestimmung steht im Widerspruch zum Wesen der Täterschaft und des Sonderverbrechens. Wie schon ausgeführt wurde, ist auch die mittelbare Täterschaft eine Art der Täterschaft und nicht der Teilnahme im engeren Sinn. Es kann daher auch nur derjenige mittelbarer Täter sein, der das Delikt in Alleintäterschaft verwirklichen könnte.

Dem Extranen fehlt nun diese Täterqualifikation, die er sich auch dadurch, daß er sich eines tauglichen Täters als Werkzeug bedient, nicht surrogieren kann. Schon aus diesem Grund kann er nicht mittelbarer Täter sein. Hierzu kommt noch, daß er durch die Sondernorm, die sich nur an den besonderen Kreis der tauglichen Täter richtet, nicht vinkuliert wird.

Es bedeutet daher einen systematischen Fehler, wenn die Entwürfe die mittelbare Täterschaft des Extranen an einem Sonderverbrechen ebenso behandeln, wie seine Teilnahme, wenn auch aus rechtspolitischen Gründen eine einheitliche Regelung erwünscht sein mag [102]).

Im übrigen ist diese Bestimmung auch entbehrlich. Es ist in dem Fall, daß sich z. B. ein Nichtbeamter eines Beamten als Werkzeug zur Verwirklichung des Tatbestands eines Amtsdelikts bedient, völlig ausreichend, wenn der Nichtbeamte als Teilnehmer dieses Amtsdelikts bestraft werden kann.

Seine Bestrafung als Teilnehmer ist aber nach den Teilnahmebestimmungen der Entwürfe auch ohne besondere Regelung möglich. Denn für die Strafbarkeit des Teilnehmers ist nach den Entwürfen nur erforderlich, daß der Haupttäter den Deliktstatbestand objektiv verwirklicht hat, ohne daß er dabei schuldhaft gehandelt haben muß. Dies hat aber auch der Beamte getan, dessen sich der Nichtbeamte als Werkzeug bediente.

Da nun, wie schon ausgeführt wurde, im Tätervorsatz immer auch der Gehilfenvorsatz als „minus" enthalten ist, kann der Extrane, der mit Tätervorsatz durch einen tauglichen Täter als Werkzeug den Tatbestand eines Sonderverbrechens verwirklicht hat, als Anstifter oder wenigstens als Gehilfe zu dieser Tat bestraft werden [103]).

Ungeregelt ist dagegen in beiden Entwürfen das Probelm der mittelbaren Täterschaft durch doloses Werkzeug geblieben, das gerade bei der Teilnahme am Sonderverbrechen eine gewisse Rolle spielt.

Wenn z. B. der Lehrer A duldet, daß der Nichtlehrer B mit der 12jährigen Schülerin des A unzüchtige Handlungen vornimmt [104]), läßt sich nach den E. 13 und 19 eine

---

[101]) Wach, Das deutsche St. G. B. nach dem neuesten Entwurf, D. St. R. Z. 1921, S. 68, nach dem die Regelung des E. 19 der Teilnahme am Sonderdelikt turmhoch über der des geltenden Rechts steht; v. Hippel, Z. St. W. 42, 540; Kahl, Z. St. W. 42, 213.

[102]) Gerland, Kritische Bemerkungen zum allgemeinen Teil des Strafges. E. 1919, S. 36; Koepnick, a. a. O. S. 108.

[103]) Mezger, Teilnahmelehre des St. G. E. 19, D. St. R. Z. 1921, S. 207, der den Extranen, der bei der Verwirklichung eines Sonderverbrechens mitwirkt, immer als Gehilfen bestrafen will.

[104]) Kern, GerS. 92, S. 161.

Bestrafung der Beteiligten wegen des Sonderdelikts der Unzucht mit abhängigen Personen nicht begründen.

Eine unmittelbare Täterschaft kommt, wie schon früher ausgeführt wurde, nicht in Frage, da A die unzüchtigen Handlungen nicht vorgenommen hat und B nicht Lehrer der Schülerin ist.

Eine mittelbare Täterschaft des A liegt nach den Entwürfen ebenfalls nicht vor, denn mittelbarer Täter ist nach § 26 Abs. 2 des E. 19:

> Wer vorsätzlich veranlaßt, daß eine Straftat durch einen anderen zur Ausführung gelangt, der diese Tat nicht selbst vorsätzlich begeht oder der nicht zurechnungsfähig ist. Mittelbare Täterschaft liegt auch dann vor, wenn sich nachträglich ergibt, daß der andere in Wahrheit die Straftat vorsätzlich begangen hat und zurechnungsfähig war.

B handelte aber gerade, wie dem A bekannt war, vorsätzlich. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, müßte man also auch nach dem E. 19 annehmen, daß der B, weil er das Sonderverbrechen als Täter nicht begehen kann, auch nicht vorsätzlich im Sinne der Definition der mittelbaren Täterschaft handelt und deshalb der Hintermann als mittelbarer Täter angesehen werden kann. Für diese Annahme fehlt es aber, ebenso wie im geltenden Recht, an der gesetzlichen Grundlage.

Insofern hat also der Entwurf eine Lücke, die aber nicht sehr groß ist, da man nach der subjektiven Theorie, die der E. 19 vertritt, in den meisten Fällen den Hintermann, der mit Tätervorsatz handelt, als unmittelbaren Täter ansehen kann. Im allgemeinen ist also die Regelung der E. 13 und E. 19 befriedigend.

4. Abschnitt.

Die Entwürfe von 1925 und 1927.

§ 12.

I. Die Bestimmungen über die Teilnahme.

Der Entwurf 25 hat die Teilnahme in §§ 25—28, der Entwurf 27 in §§ 28—32 geregelt. Die Regelung weicht in einigem von der des geltenden Rechts und der des E. 19 ab. Zunächst ist in beiden Entwürfen eine Definition der Täterschaft und mittelbaren Täterschaft unterblieben. Auch auf die Definition der Mittäterschaft hat der E. 25 verzichtet, da die Bestrafung des Mittäters als „Täter" so selbstverständlich sei, daß es nicht besonders gesagt zu werden brauche [105]). Im E. 27 wurde jedoch die Mittäterschaft, entsprechend der Anregung der Wissenschaft in § 28 wieder aufgenommen [106]).

Die Definition der Mittäterschaft des E. 27 entspricht fast wörtlich der des § 47 StGB.

Anstiftung und Beihilfe sind in beiden Enwürfen wie im E. 19 limitiert akzessorisch gestaltet. Während aber der E. 19 nur dadurch eine Änderung gegenüber dem geltenden

---

[105]) Begründung zu E. 25, S. 25.

[106]) Entschließung der Bamberger Herbsttagung der Deutschen Strafrechtlichen Gesellschaft vom 30. 10. 26 über die Teilnahmelehre des E. 25: „2. Die Begriffe der Täterschaft und der Mittäterschaft sind aufzunehmen." Vgl. Protokoll der Tagung, GerS. Bd. 92.

Recht geschaffen hat, daß es für die Strafbarkeit der Teilnahme nicht darauf ankommen soll, ob der Ausführende vorsätzlich gehandelt hat oder nicht, sondern nur darauf, welche Vorstellung der Teilnehmer von der Zurechnungsfähigkeit und dem Vorsatz des Ausführenden gehabt hat, gehen die E. 25 und E. 27 einen Schritt weiter. Im Anschluß an § 27 des Oestr. E. bezeichnen Sie auch als Fall der Anstiftung, wenn der Ausführende nicht vorsätzlich gehandelt und der Urheber dies gewußt hat. Durch diese Erweiterung soll der Begriff der mittelbaren Täterschaft weitgehend entbehrlich gemacht werden. An der Voraussetzung, daß der Ausführende eine tatbestandsmäßige rechtswidrige Handlung vorgenommen haben muß, ist jedoch festgehalten worden [107]). Gegen die Gleichstellung von Anstiftung und mittelbare Täterschaft in den Entwürfen sind Bedenken erhoben worden, mit der Begründung, daß der Vorsatz des Anstifters ein anderer sei, als der des mittelbaren Täters. Der Anstifter sei abhängig von dem selbständigen Denken und Handeln des Angestifteten, während dies der mittelbare Täter nicht sei [108]). Diese Bedenken würden nicht durchgreifen, wenn durch die Erweiterung des Begriffs der Anstiftung der Begriff der mittelbaren Täterschaft wirklich entbehrlich würde. Dann könnte man im Interesse der Vereinfachung auf diese subtile Unterscheidungen verzichten, da die Strafdrohung dieselbe bleibt [109]). Da aber der Entwurf trotz der Erweiterung der Anstiftung den Begriff der mittelbaren Täterschaft nicht entbehren kann [110]), besteht keine Veranlassung zu dieser Vermengung von Täterschaft und Teilnahme, wie sie die Entwürfe bei der Anstiftung vorgenommen haben.

Es ist daher wünschenswert, wenn in dem neuen Strafgesetzbuch, das hoffentlich dem E.27 folgen wird, die Regelung der Mittäterschaft und Anstiftung, welche der E. 19 getroffen hatte, sachlich beibehalten wird [111]).

Die Frage, worin der Unterschied zwischen Täterschaft und Teilnahme liegt, haben die Entwürfe 25 und 27 nicht einhellig entschieden. Nach dem E. 25 ist Gehilfe, wer vorsätzlich einem anderen die Ausführung einer strafbaren Handlung erleichtert. Der Gehilfe unterscheidet sich also von dem Täter durch die Art seiner Betätigung, nicht durch die Stellung, die er innerlich zur Tat einnimmt. Der Gesetzgeber

---

[107]) Begründung zu E. 27, S. 28; Kern, GerS. 92, S. 145 f; Beling, GerS. 91, S. 361.

[108]) Beling, GerS. 91, 361; Entschließung der Deutschen Strafrechtlichen Gesellschaft vom 30. 10. 26 über die Teilnahmelehre a. a. O.: 2. . . . Das Handeln durch ein strafrechtlich nicht verantwortliches oder nur fahrlässig handelnkeit des Beschuldigten dessen innere Anteilnahme an dem Unternehmen von wesentdes persönliches Werkzeug ist zur Täterschaft, nicht zur Anstiftung zu stellen; und Prof. Bohne u. Schmidt bei der Aussprache; Strafrechtsausschuß d. Reichstags, DJZ. 1928, S. 74, der folg. Beschluß gefaßt hat: 1. Ein neuer § 27 a wird dem ganzen Abschnitt vorangestellt, der die Täterschaft behandelt und lautet: Täter ist, wer die Tat selbst begeht, Täter ist auch, wer sich zur Ausführung der Tat eines anderen bedient, von dem er weiß oder sich vorstellt, daß er die Tat nicht vorsätzlich begeht oder nicht zurechnungsfähig ist." 2. Dementsprechend ist die Anstiftung enger zu fassen: § 29: „Wer vorsätzlich einen anderen zu der von diesem begangenen Tat bestimmt hat, wird als Anstifter gleich einem Täter bestraft"; und § 32 durch die Aufnahme des mittelbaren Täters und dessen, dessen sich der mittelbare Täter zur Ausführung bedient, zu vervollständigen.

[109]) Kern, GerS. 92, S. 146.

[110]) Begründung zum E. 27,S. 28; Beratung des Strafrechtsausschusses, DJZ, 1928, S. 74; Kern, GerS. 92, S. 146.

[111]) Vgl. die in Note 108 zitierte Literatur.

hat demnach im E. 25 die subjektive Theorie vertreten [112]). Im E. 27 hat es aber der Gesetzgeber bewußt unterlassen, sich für die objektive oder subjektive Theorie zu entscheiden. Er begründet es damit, daß praktisch für die Entscheidung darüber, ob Mittäterschaft oder Beihilfe vorliegt, weder rein subjektive, noch rein objektive Merkmale maßgebend sein könnten. Für die Entscheidung der Frage, wie der Beschuldigte innerlich zu der Tat gestanden habe, ob er sie als eigene gewollt, oder nur fremdes Tun habe fördern wollen, sei regelmäßig auch darauf Rücksicht zu nehmen, welche Tätigkeit der Beschuldigte entfaltet habe. Umgekehrt werde für die Wertung der Tätigkeit des Beschuldigten dessen innere Anteilnahme an dem Unternehmen von wesentlicher Bedeutung sein [113]). Diese Stellungnahme des Gesetzgebers ist nicht befriedigend. Selbst wenn man den Verfassern des Entwurfs zugibt, daß eine Entscheidung für die objektive oder die subjektive Theorie schwer ist, da beide einen richtigen Kern enthalten [114]), so rechtfertigt diese Schwierigkeit nicht, daß der Gesetzgeber zu dieser, für die Teilnahme außerordentlich bedeutsamen Frage überhaupt nicht Stellung nimmt. Denn wenn schon die einzelnen Teilnahmebegriffe beibehalten werden, muß auch deren Unterschied gegenüber der Täterschaft scharf hervorgehoben werden [115]).

§ 13.

II. Bestimmungen über die Teilnahme am Sonderverbrechen.

Beide Entwürfe haben hinsichtlich der Teilnahme am Sonderverbrechen folgende übereinstimmende Regelung getroffen (E.25 in § 28 Abs. 1, E. 27 in § 32 Abs. 1):

> „Wenn besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafbarkeit der Tat begründen, so sind der Anstifter und der Gehilfe strafbar, wenn diese Umstände bei ihnen oder beim Täter vorliegen. Liegen die Umstände beim Anstifter nicht vor, so kann seine Strafe gemildert werden."

Hierzu wird in der Begründung ausgeführt, daß der Extraneus für den ganzen Umfang der Teilnahme, wie sie der Entwurf auffaßt, also auch für die Fälle, die bisher als mittelbare Täterschaft betrachtet worden seien, bestraft werden solle [116]).

§ 14.

III. Kritik dieser Regelung.

Nach dem Willen der Verfasser des Entwurfs 25 und 27 soll also der Extraneus immer dann als Teilnehmer an einem Sonderverbrechen bestraft werden, wenn er wegen einer solchen Teilnahmehandlung als Teilnehmer an einem Gemeinverbrechen bestraft werden könnte.

Dieses Ziel ist zweifelos begrüßenswert. Da ausdrücklich angeordnet ist, daß der Strafrahmen für den extranen Anstifter ermäßigt werden kann, besteht auch die Mög-

---

[112]) Begründung zum E. 25, S. 27; Kern, GerS. 92, S. 125 ff, unter IV.
[113]) Begründung zum E. 27, S. 29; A. A. Frank, Komm. S. 105, der aus dem Wortlaut der vorgeschlagenen Bestimmungen entnimmt, daß der E. 27 objektiv orientiert ist.
[114]) Oetker, GerS. 94, S. 1 ff.
[115]) Kern, a. a. O. unter IV.
[116]) Begründung zu E. 27, S. 30.

lichkeit, die Strafe der extranen Teilnehmer ihrem Verschulden entsprechend zu bestimmen. Die Regelung der Entwürfe ist daher rechtspolitisch sehr befriedigend.

Systematisch ist sie jedoch zum Teil sehr bedenklich, denn die Bestimmung, daß bei einem Sonderverbrechen Anstifter und Gehilfe a u c h d a n n strafbar sind, wenn die die Strafbarkeit begründenden Umstände n u r b e i i h n e n vorliegen, läßt sich mit der akzessorischen Natur der Teilnahme nicht vereinbaren.

Wie sich aus der Begründung zu den Entwürfen ergibt, wollte der Gesetzgeber damit die Fälle der Teilnahme am Sonderverbrechen regeln, in denen der durch die Sondernorm Vinkulierte nicht als unmittelbarer Täter angesehen werden kann, also:

1. Die Fälle, in denen der taugliche Täter als Hintermann nur mittelbarer Täter ist, (eine Konsequenz des Versuches, die mittelbare Täterschaft in der Anstiftung aufgehen zu lassen);
2. sodann die Fälle, in denen es nach dem geltenden Recht fraglich ist, ob der taugliche Täter als mittelbarer Täter angesehen werden kann, weil der beteiligte Extrane vorsätzlich schuldhaft gehandelt hat, (mittelbare Täterschaft durch doloses Werkzeug);
3. endlich die Fälle in denen es nach dem geltenden Recht fraglich erscheint, ob der Extraneus den objektiven Tatbestand des Sonderverbrechens verwirklichen konnte, weil es sich um sogenannte Tätigkeitsdelikte handelt. K e r n bringt hierfür unter anderen die Beispiele, daß ein Beamter eine Falschbeurkundung durch einen Nichtbeamten vornehmen läßt, oder daß der Lehrer A dem Nichtlehrer B behilflich ist, mit der 12jährigen Schülerin des A unzüchtige Handlungen vorzunehmen [117]).

In diesen Fällen besteht das Bedürfnis, alle Beteiligte, wenn sie schuldhaft gehandelt haben, zu bestrafen. Zu diesem Ergebnis kann man jedoch auf dem von den Entwürfen eingeschlagenen Weg nicht gelangen.

Wie schon ausgeführt wurde, ist auch in den Entwürfen die Teilnahme akzessorisch gestaltet. Eine strafbare Teilnahme ist erst dann möglich, wenn eine Haupttat gegeben ist, d. h. wenn wenigstens der objektive Deliktstatbestand verwirklicht ist.

An einer solchen Haupttat fehlt es aber, wenn die strafbegründenden Umstände nur bei den Teilnehmern vorliegen, beim „Täter" jedoch fehlen. In solchen Fällen kann der „Täter" als Extraneus den objektiven Tatbestand des Sonderverbrechens nicht verwirklichen, da ihm ja gerade die Täterqualifikation fehlt, und es ist undenkbar, daß seine nicht existierende Tat von anderen unterstützt wird.

Auch der Umstand, daß die strafbegründenden besonderen Verhältnisse bei dem oder einem der Teilnehmer vorliegen, kann an diesem Ergebnis nichts ändern, da es logisch ausgeschlossen ist, daß deren Vorliegen bei Anstifter oder Gehilfe strafbegründend wirkt und aus einem strafrechtlich völlig unerheblichen Tun eine strafrechtlich erhebliche Haupttat macht [118]).

Dieser Fehler des Entwurfs dürfte sich aus einer unrichtigen Anlehnung an § 30 Abs. 1 des österreichischen Regierungsentwurfs erklären. Dort werden die besonderen Eigenschaften, welche die Strafbarkeit begründen, für Urheber und Gehilfe in An-

---

[117]) K e r n, GerS. 92, S. 161.
[118]) O e t k e r, GerS. 94, S. 23.

rechnung gebracht, auch wenn sie bei ihnen nicht vorliegen. In den E. 25 und E. 27 werden sie in Anrechnung gebracht, wenn sie bei Anstifter, Gehilfe oder Täter vorliegen. Dabei ist übersehen worden, daß das Vorliegen bei Anstifter oder Gehilfen unmöglich strafbegründend wirken kann.

§ 15.

IV. Eigene Auffassung.

Wie wir oben ausgeführt haben, ist eine strafrechtlich erhebliche Teilnahme am Sonderverbrechen nur dann möglich, wenn ein durch die Sondernorm Vinkulierter beteiligt ist und als Haupttäter im Sinne der akzessorischen Teilnahmebestimmungen angesehen werden kann. Wenn es also aus irgend einem Grund unmöglich ist, den beteiligten Vinkulierten als unmittelbaren Täter anzusehen, kann man nur dadurch zu einer Strafbarkeit der Beteiligten kommen, daß man den Vinkulierten als mittelbaren Täter ansieht.

Schon aus diesem Grund wird man in einem neuen Strafgesetzbuch ohne den Begriff der mittelbaren Täterschaft nicht auskommen können.

Der Gesetzgeber kann daher nur durch eine Erweiterung des Begriffs der Täterschaft zu dem von den Verfassern der Entwürfe 1925 und 1927 gewünschten Ergebnis kommen, daß die Teilnahme am Sonderverbrechen in demselben Umfang strafbar ist, wie die Teilnahme an einem Gemeinverbrechen. Dies kann er durch eine ausdrückliche Bestimmung erreichen, daß der an der Begehung eines Sonderdelikts beteiligte Vinkulierte immer dann, wenn die die Strafbarkeit begründenden Umstände nur bei ihm vorliegen, als Haupttäter anzusehen ist.

Eine derartige Erweiterung der Täterschaft ist mit den sonstigen Teilnahmebestimmungen vereinbar. Wie schon erörtert wurde, ist die Grenze zwischen Täterschaft und Teilnahme im engeren Sinn willkürlich und flüssig. So wäre es begrifflich durchaus möglich, jeden Teilnehmer als Mittäter zu bestrafen, wie dies z. B. das norwegische Strafgesetzbuch anordnet. Es muß daher auch möglich sein, bei der Teilnahme am Sonderverbrechen den besonderen Verhältnissen Rechnung zu tragen und die Grenze zwischen Täterschaft und Teilnahme anders zu ziehen, als bei der Teilnahme am Gemeinverbrechen und den Teilnehmer, der durch sein Mitwirken der Handlung ihr besonderes Gepräge gibt, immer als Täter anzusehen.

Ich schlage daher vor, daß die Bestimmung, durch welche die Teilnahme am Sonderverbrechen geregelt ist (§ 32 Abs. 1, E. 27), wie folgt abgeändert wird:

> „Wegen einer Tat, deren Strafbarkeit durch besondere Eigenschaften oder Verhältnisse begründet wird, sind Anstifter und Gehilfe auch dann strafbar, wenn diese Umstände bei ihnen nicht vorliegen. Liegen sie beim Anstifter nicht vor, so kann dessen Strafe gemildert werden (73). Liegen diese besonderen Umstände nur bei einem der Beteiligten vor, so ist dieser als Täter (mittelbarer Täter) anzusehen."

Lebenslauf.

Am 17. Oktober 1906 wurde ich in Charlottenburg geboren. Ich besuchte das Gymnasium in Ludwigsburg, die Oberrealschule in Ludwigshafen a. Rh. und die Liebig-Oberrealschule in Frankfurt a. M., an der ich im Herbst 1925 das Abiturium bestand. Mein Schulbesuch war durch eine 10monatige Gefängniszeit unterbrochen, zu der ich von dem französischen Kriegsgericht in Landau wegen aktiver Beteiligung an dem passiven Widerstand verurteilt worden war.

Im Anschluß an die Schulzeit studierte ich an den Universitäten Tübingen und Frankfurt a. M. Rechtswissenschaft und bestand im Sommer 1929 beim Oberlandesgericht in Frankfurt a. M. die erste juristische Staatsprüfung. Die Ausbildungszeit als Referendar verbrachte ich in Frankfurt und Bremen. Im April 1933 bestand ich in Berlin die zweite juristische Staatsprüfung.

Ernst Heinz Deyhle.